SCHLIESST ART. 92 GG DIE ZUWEISUNG VON ECHTEN STREITSACHEN AN DEN RECHTSPFLEGER AUS?

Inauguraldissertation
zur
Erlangung eines akademischen
Grades des Doktors der Rechte
durch
den Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Wolfgang Ruwe
aus Hillegossen

Münster 1975

1974

Inauguraldissertation

zur Erlangung eines akademischen Grades des Doktors der Rechte durch den Fachbereich Rechtswissenschaft der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

Schließt Art. 92 GG die Zuweisung von echten Streitsachen an den Rechtspfleger aus?

vorgelegt von Wolfgang Ruwe

aus Hillegossen

Jahr 1975

Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Kollhosser
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Reinicke
Dekan:	Prof. Dr. Kupisch
Tag der mündlichen Prüfung:	20.12.1974

UNIV. LEIDEN BIBL.

Inhaltsübersicht

Seite

1. Abschnitt: Umfang und justizorganisatorische Bedeutung der Zuweisung von echten Streitsachen an den Rechtspfleger 1

I. Der Bereich der Zuweisungen von echten Streitsachen de lege lata 1

II. Der Bereich der Zuweisungen von echten Streitsachen de lege ferenda 2

III. Die Erforderlichkeit der Entlastung des rechtsgelehrten Richters durch den Rechtspfleger 3

IV. Bisherige Regelungen zur Entlastung des rechtsgelehrten Richters 8

V. Möglichkeiten der Entlastung des Richters von der Entscheidung echter Streitsachen 12

2. Abschnitt: Die verfassungsrechtliche Problematik der Zuweisung echter Streitsachen an den Rechtspfleger 15

3. Abschnitt: Die Rechtsverbindlichkeit des Art. 92 erster Halbsatz GG 16

I. Grundgesetzliche Auslegungskriterien, die für einen Programmsatz sprechen könnten 16

II. Grundgesetzliche Auslegungskriterien, die auf das Vorliegen einer Rechtsnorm hindeuten 19

4. Abschnitt: Die Art des Begriffes der rechtsprechenden Gewalt in Art. 92 erster Halbs. GG 22

5. Abschnitt: Der Funktionsbereich der rechtsprechenden Gewalt unter besonderer Berücksichtigung der echten Streitentscheidung 27

A. Der Funktionsbereich der Legislative 27

I. Die Abgrenzung von Legislative und Exekutive 27

II. Die Abgrenzung von Legislative und Judikative 28

Seite

B. Die Abgrenzung der rechtsprechenden Gewalt von der Exekutive 29

I. Abgrenzungsmethodik 29

II. Umfang und Bedeutung des Theorienstreites 30

III. Theorien über die Wesensmerkmale der rechtsprechenden Gewalt 30

1. Theorie: Differenzierung nach privat- und strafrechtlichen Interessen einerseits und öffentlich-rechtlichen Interessen andererseits 30

2. Theorie: Judikative als Rechtsbindung - Exekutive als freies Ermessen 31

3. Theorie: Rechtsprechung als Selbstzweck - Verwaltung als Mittel zum Zweck 31

4. Theorie: Logische Subsumtion in der Rechtsprechung und Handeln mit Richtung auf einen gewollten Erfolg in der Verwaltung 32

5. Theorie: Rechtsprechung als verselbständigter Ausspruch einer staatlichen Behörde 32

6. Theorie: Judikative als Rechtsanwendung schlechthin 33

7. Theorie: Judikative als Spruchinstanz 34

8. Theorie: Rechtsprechung als Verwirklichung der Rechtsordnung 34

9. Theorie: Rechtsprechung als Streitentscheidung 35

10. Theorie: Rechtsprechende Gewalt als Streitentscheidung oder Verhängung von Kriminalstrafen 45

11. Theorie: Rechtsprechende Gewalt als verbindliche Feststellung bestrittenen, bezweifelten oder gefährdeten Rechts 45

12. Theorie: Rechtsprechende Gewalt als das den Rechten Rechtskraft verleihende Verfahren 46

13. Theorie: Rechtsprechende Gewalt als das den Rechten gegen den Willen der Verfahrensbeteiligten materielle Rechtskraft verleihende Verfahren 54

14. Theorie: Die historisch-teleologische Auslegung des Begriffes der rechtsprechenden Gewalt 54

Seite

6. Abschnitt: Der Rechtspfleger als Richter im Sinne des Art. 92 GG ? 62

A. Die Voraussetzungen des Richterbegriffes 62

I. Die Staatlichkeit 63

II. Die Ausübung der rechtsprechenden Gewalt durch die Gerichte des Bundes und der Länder 64

III. Die Inkompatibilität 64

IV. Die Neutralität 65

V. Die sachliche Unabhängigkeit als verfassungsrechtliche Sicherung richterlicher Neutralität 67

VI. Die persönliche Unabhängigkeit als verfassungsrechtliches Sicherungsmittel der richterlichen Neutralität 73

1. Die Sonderstellung der Richter am Bundesverfassungsgericht 74

2. Richter auf Probe 75

3. Richter kraft Auftrags 75

4. Der abgeordnete Richter 76

5. Die Laienrichter 76

B. Die Rechtsfolgen der Richtereigenschaft 80

I. Die Gesetzlichkeit des Richters im Sinne des Art. 101 I 2 GG 80

II. Die Kompetenzen des Richters nach Art. 100 GG 80

III. Die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens 80

IV. Die Richteranklage 80

V. Die Heraushebung des Richters aus der Beamtenschaft durch das Deutsche Richtergesetz 81

C. Die Stellung des Rechtspflegers 81

I. Die Staatlichkeit 81

II. Die Ausübung der rechtsprechenden Gewalt durch die Gerichte des Bundes und der Länder 81

III. Die Inkompatibilität 81

IV. Die Neutralität 81

V. Die sachliche Unabhängigkeit des Rechtspflegers 82

Seite

VI. Die persönliche Unabhängigkeit 85

VII. Die Rechtsfolgen des Fehlens der Richtereigenschaft 85

1. Der Rechtspfleger als gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 I 2 GG ? 85

2. Der Rechtspfleger als Richter im Sinne des Art. 104 II GG ? 86

3. Die Vorlagebefugnis des Rechtspflegers gem. Art. 100 I GG ? 86

4. Die Richteranklage 86

5. Die Heraushebung aus der übrigen Beamtenschaft ? 86

6. Der Rechtspfleger als selbständiges Organ der Rechtspflege 87

7. Abschnitt: Die Zulässigkeit des Vorverfahrens vor dem Rechtspfleger 88

A. Administrative Vorverfahren de lege lata 88

B. Übersicht über den gegenwärtigen Meinungsstand 89

C. Eigene Stellungnahme zur Zulässigkeit des Vorverfahrens 91

I. Das Argument aus § 13 GVG 91

II. Das Argument aus Art. 101 I 2 GG 92

III. Das Argument aus Art. 104 II GG 92

IV. Das Argument aus Art. 19 IV GG 93

V. Die historische Auslegung des Art. 92 erster Halbs. GG 94

VI. Die teleologische Auslegung des Art. 92 erster Halbs. GG 94

1. Die Unvereinbarkeit des Verwaltungssteuerstrafverfahrens mit Art. 92 erster Halbs. GG 95

2. Die Vereinbarkeit des Ordnungswidrigkeitenverfahrens mit Art. 92 erster Halbs. GG ? 99

a) Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes 101

b) Das Fehlen des ethischen Schuldvorwurfs 101

c) Das Fehlen der Eintragung in das Strafregister 102

d) Die Vollstreckung 103

e) Das Fehlen der Umwandlung einer Geldbuße in eine Ersatzfreiheitsstrafe 103

Seite

f) Das Fehlen der materiellen Rechtskraft 104

g) Die Zuordnung des Ordnungswidrigkeitenverfahrens zur rechtsprechenden Gewalt 106

3. Die Vereinbarkeit der Verhängung der Geldstrafe gem. § 888 ZPO durch den Rechtspfleger gem. § 20 Nr. 17 RPflG mit Art. 92 erster Halbs. GG 109

4. Die Zulässigkeit des Vorverfahrens im Bereich bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten vermögensrechtlicher Art 109

a) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Enteignungsrecht 110

b) Die Zulässigkeit nichtrichterlicher Vorverfahren im Bereich der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Landgerichte gem. §§ 23, 71 GVG 113

c) Die Zulässigkeit nichtrichterlicher Vorverfahren im Bereich der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Amtsgerichte 118

5. Die Zulässigkeit des Vorverfahrens im Bereich bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten nichtvermögensrechtlicher Art 139

8. Abschnitt: Möglichkeiten der Umgestaltung des Rechtspflegers zum Richter im Sinne des Grundgesetzes de lege ferenda 141

A. Die Einbeziehung des Rechtspflegers in das Deutsche Richtergesetz 141

I. Die akademische Ausbildung 141

II. Staatlichkeit, Gerichte des Bundes und der Länder, Inkompatibilität und Neutralität 143

III. Die sachliche Unabhängigkeit des Rechtspflegers 143

IV. Die persönliche Unabhängigkeit 143

B. Die verfassungsrechtliche Verankerung des Rechtspflegerrichters 144

Zusammenfassung in Thesen 145

Schrifttum

Adickes	Grundlinien durchgreifender Justizreform Berlin 1906
Anschütz	Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919 Kommentar Berlin 1921
Arndt, A.	Richter, Gericht und Rechtsweg in der Reichsverfassung in: AöR 60, 183 ff.
	Die Gesetzlichkeit des Richters als Strukturprinzip der rechtsprechenden Gewalt in: JZ 1956, 633 ff.
	Ist die Strafgewalt des Finanzamts mit dem Grundgesetz vereinbar ? in: NJW 1957, 249 ff.
	Das Bild des Richters Karlsruhe 1957
	Strafgewalt der Finanzämter in: NJW 1959, 605 ff.
	Anm. zu BGH NJW 1959, 1230 in: NJW 1959, 1230 ff.
	Rechtsprechende Gewalt und Strafkompetenz in: Festgabe für Carlo Schmidt S. 5 ff. Tübingen 1962
Arndt, J.	Gesetz über Maßnahmen auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung und des Verfahrensrechts Kommentar Berlin und Frankfurt a.M. 1957
Arnold-Meyer/Stolte	Rechtspflegergesetz 1970 Kommentar 2. Auflage Bielefeld 1970
Bachof	Verwaltungsgerichtsbarkeit und Justiz unter besonderer Berücksichtigung des Bonner Grundgesetzes in: SJZ 1950, 162 ff.
	Anm. zu BVerwG JZ 1958, 625 in JZ 1958, 629
	Zum grundsätzlichen Verhältnis von Justiz- und Verwaltungsgerichtsbarkeit in: ZZP 65, 2 ff.

Bärmann	Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht Berlin/Heidelberg/New York 1968
Bauerle	Notwendigkeit und Rechtsstaatlichkeit des Verwaltungssteuerstrafverfahrens in: BB 1957, 707 ff.
Baumbach/ Lauterbach	Zivilprozeßordnung Kommentar 31. Auflage München 1973
Baumann	Unterbringungsrecht Tübingen 1966
Baur	Justizaufsicht und richterliche Unabhängigkeit Tübingen 1950
	Freiwillige Gerichtsbarkeit 1. Band Allgemeines Verfahrensrecht Tübingen 1955
	Der Begriff der Rechtsprechung und die freiwillige Gerichtsbarkeit in: DNotZ 1955, 507 ff.
	Betriebsjustiz in: JZ 1965, 163 ff.
	Einige Bemerkungen zu den Funktionen der Rechtspflegeorgane in: DRiZ 1971, 109 ff.
Beitzke	Familienrecht 15. Auflage München 1970
Bender	Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Verwaltungssteuerstrafverfahrens nach der Abgabenordnung Bonn 1963
Bettermann	Verwaltungsakt und Richterspruch in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht S. 361 ff. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek München 1955
	Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung in: Festschrift für Friedrich Lent S. 17 München und Berlin 1957
	Kompetenzfragen um den Kündigungsschutz im Kleingartenrecht in: NJW 1957, 1497 ff.

Bettermann	Gericht oder Verwaltungsbehörde, Rechtsprechung oder Verwaltung ? Zum Urteil des BVerwG DÖV 1959, 786 über Rechtsstellung und Funktion des Deutschen Patentamts in: DÖV 1959, 761 ff.
	Rechtsprechung, rechtsprechende Gewalt in: Evangelisches Staatslexikon Stuttgart und Berlin 1966
	Das Gerichtsverfassungsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in: AöR 92, 496 ff.
	Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte 3. Band 2. Halbband Rechtspflege und Grundrechtsschutz Berlin 1959
Blaesing	Rechtspflege und Grundgesetz in: NJW 1971, 1436 ff.
Blomeyer	Zivilprozeßrecht - Erkenntnisverfahren Berlin/Göttingen/Heidelberg 1963
Bötticher	Inwieweit sichern die Art. 102 ff. der Reichsverfassung die Unabhängigkeit des Richters und den Rechtsweg ? in: ZZP 51, 201 ff.
v. Brauchitsch/ Ule	Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder Band 1 Halbband 2 2. Auflage Köln/Berlin/München/Bonn 1962
Brüggemann	Die rechtsprechende Gewalt Berlin 1962
	Bemerkungen zur Eigenständigkeit des Rechtspflegeramtes in: JR 1965, 82 ff.
	Judex statuor und judex investigator Bielefeld 1968
Buchholz	Richterliche Hilfsarbeiter in: DRiZ 1959, 46 ff.
Bundesjustiz-ministerium	Referentendenkschrift zur Vorbereitung eines Richtergesetzes Bonn 1954
Bundesregierung	Bulletin 1955 Bonn 1955
	Bulletin 1969 Bonn 1969

Dernedde	Die Rechtspflege im Grundgesetz in: ZJBl 1949, 101 ff.
Deutscher Rechtspflegerbund	Protokoll Deutsche Rechtspflegertagung Bad Boll 28. - 30.11.1972
Dütz	Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht - Zum sachlichen Umfang der Zivilgerichtsbarkeit Bad Homburg v.d.H./Berlin/Zürich 1970
Eichenberger	Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem Bern 1960
Eickmann	Rechtspflegerrecht im Wandel in: RpflBl 1971, 37 ff.
Enders	Die Unterwerfungsverhandlung im Verfassungs- und Strafverfahrensrecht in: FR 1959, 6 ff.
Eyerman-Fröhler	Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar 5. Auflage München 1971
Feyock	Grundlagen der Stellung des Notars im Rechtsleben in: DNotZ 1952, 252 ff.
Flume	Steuerwesen und Rechtsordnung in: Festschrift für Smend S. 59 ff., 78 Göttingen 1952
Forsthoff	Lehrbuch des Verwaltungsrechts 1. Band 9. Auflage München/Berlin 1966
Friesenhahn	Die Staatsgerichtsbarkeit in HdbDStR II S. 523 ff. Herausgeber: Anschütz/Thoma Tübingen 1932
	Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem Bonner Grundgesetz in: DV 1949, 478 ff.
	Über Begriff und Arten der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung der Staatsgerichtsbarkeit nach dem Grundgesetz und den westdeutschen Landesverfassungen in: Festschrift für Richard Thoma S. 21 ff. Tübingen 1950
Gaul	Zur Struktur der Zwangsvollstreckung II in: Rpfleger 1971, 41 ff.
	Zur Reform des Zwangsvollstreckungsrechts in: JZ 1973, 473 ff.

Gebhard	Handkommentar zur Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919 München/Berlin/Leipzig 1932
Gerner/Decker Kaufmann	Deutsches Richtergesetz Kommentar Köln/Berlin/Bonn/München 1963
Giese	Die Verfassung des Deutschen Reiches 8. Auflage Berlin 1931
	Rechtspfleger und Grundgesetz Eine verfassungskritische Mahnung zur Wahrung echter Unabhängigkeit des Rechtspflegers in: Rpfleger 1953, 145 ff.
	Zur Frage der steuerbehördlichen Strafbefugnis in: FR 1957, 217 ff.
Giese-Schunck	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar Frankfurt a.M. 1965
Göbel	Anklagezwang und Gewaltentrennung in: NJW 1961, 856 ff.
Goldschmidt, J.	Der Prozeß als Rechtslage Berlin 1925
Gossrau	Ist die Strafgewalt und Bußgeldkompetenz von Verwaltungsbehörden mit Art. 92 GG vereinbar ? in: NJW 1958, 929 ff.
Gräber	Das Wesen des richterlichen Geschäfts in: DRiZ 1955, 7 ff.
Greve	Zum Streit um die Strafgewalt des Finanzamts in: AnwBl 1959, 136 ff.
Grotenfend- Cretschmar	Gesetzgebungsmaterial 1921 Düsseldorf 1921
Haas	Landesrecht vor Bundesgerichten in: DVBl 1957, 368 ff.
Haas/Reddig	Steuerstrafen und Finanzverwaltung in: JZ 1953, 545 ff.
Habscheid	Grundfragen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit in: Rpfleger 1957, 164 ff.
	Steuerstrafen und Grundgesetz in:MDR 1966, 1 ff.
	Der Rechtspfleger in der Gerichtsorganisation in: Rpfleger 1968, 237 ff.
	Das neue Rechtspflegergesetz in: RpflBl 1970, 5 ff.

Haman-Lenz	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar 3. Auflage Neuwied und Berlin 1970
Haver	Ist die Strafgewalt des Finanzamts mit dem Grundgesetz und der Menschenrechtskonvention vereinbar ? in: NJW 1957, 88 ff.
Heinsheimer	Von der Unabhängigkeit der Gerichte und dem kategorischen Imperativ des Richteramtes Heidelberg 1929
Herbst	Rechtspflegergesetz Kommentar Karlsruhe 1970
Herdemerten	Ist § 419 II a.F. AO mit dem Grundgesetz vereinbar ? in: NJW 1968, 1415 ff.
Hesse	Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland 4. Auflage Karlsruhe 1970
Heyde	Die Rechtspflege in der Bundesrepublik Deutschland 2. Auflage Bielefeld 1970
Hofmann-Kersting	Rechtspflegergesetz Kommentar Berlin 1957
Holtkotten	in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz Loseblattausgabe Hamburg 1950 ff.
Jahrreis	Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz in: Verhandlungen des 37. DJT S. 26 ff. Tübingen 1950
Jansen	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Nebengesetzen und bundes- und landesrechtlichen Ergänzungs- und Ausführungsvorschriften 1. Band §§ 1-34 FGG, §§ 23-30 EGGVG, Art. 7 FamRechtsÄndG 2. Auflage Berlin 1969
Jellinek, G.	Allgemeine Staatslehre Berlin 1922

Kapust	Die Rechtsstellung der Seeämter und des Bundesoberseeamtes Zugleich ein Beitrag zum Wesen und Begriff der materiellen Rechtsprechung Jur. Diss. Kiel 1954
	Nochmals zum Begriff "Rechtsprechung" in DRiZ 1955, 36 ff.
Kaufmann, E	Untersuchungsausschuß und Staatsgerichtshof Berlin 1920
Keidel-Winkler	Freiwillige Gerichtsbarkeit Kommentar 10. Auflage München 1972
Kelsen	Allgemeine Staatslehre Berlin 1925
Kern	Rechtspflege (Übersicht). Die ordentliche Gerichtsbarkeit und die Sondergerichtsbarkeit in: HdbDStR II S. 475 ff.
	Zum Begriff des Richters und des Gerichts in: DRiZ 1952, 125 ff.
	Zur Frage der akademischen Disziplinargerichte in: DÖV 1954, 675 ff.
	Das Ende der Friedensgerichte in: JZ 1960, 244 ff.
	Gerichtsverfassungsrecht 4. Auflage München und Berlin 1965
Kern-Roxin	Strafverfahrensrecht 10. Auflage München 1970
Klein, Fr.	Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat in: ZStW 106, 390 ff.
	Rechtsgutachten über die Zulässigkeit des Verwaltungssteuerstrafverfahrens, insbesondere seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz Bonn 1959
Kleinrahm	Justizreform und Grundgesetz Zur Auslegung des Art. 92 GG in: Rpfleger 1952, 2 ff.
Knoll	Die besonderen Gerichte in: DÖV 1954, 263 ff.
Koellreutter	Rechtspflege und Verwaltung in: AöR 1956, 416 ff.
	Rechtspflege, Rechtsprechung und Rechtspfleger in: Rpfleger 1953, 1 ff.

Kollhosser	Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit - Zugleich ein Beitrag zum allgemeinen Verfahrensrecht. - München 1970
Kommission Deutscher Richterbund	Zur großen Justizreform in: DRiZ 1959, 341 ff.
	Zur künftigen Stellung des Rechtspflegers in: DRiZ 1973, 252 ff.
Kommission für Gerichtsverfassungsr.	Bericht über die Verhandlungsergebnisse der Kommission für Gerichtsverfassungsrecht und Rechtspflegerrecht zur Frage eines drei- oder viergliedrigen Gerichtsaufbaus Bonn 1970
Laband	Das Staatsrecht des Deutschen Reiches 2. Band 5. Auflage Tübingen 1911
Landesregierung Baden-Württemberg	Rechtsgutachten über Stellung und Tätigkeit der Rechtspfleger in: RpflBl 1963, 21 ff.
Lappe	Gewaltenteilung und Rechtspfleger in: RpflBl 1962, 67 ff.
	Die Magna Charta des Rechtspflegers in: RpflBl 1963, 12 ff.
Larenz	Methodenlehre der Rechtswissenschaft Berlin/Göttingen/Heidelberg 1960
Leibholz-Rinck	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar 4. Auflage Köln 1971
Leibholz-Rupprecht	Bundesverfassungsgerichtsgesetz Rechtsprechungskommentar Köln/Marienburg 1968
Lent-Habscheid	Freiwillige Gerichtsbarkeit 4. Auflage München und Berlin 1962
Lent-Jauernig	Zivilprozeßrecht 15. Auflage München 1970
Leonhard	Die Gewaltenteilung in der Bundesrepublik in: Rpfleger 1972, 277 ff.

Lindacher	Rechtsprechung im Sinne von Art. 92 GG und Freiwillige Gerichtsbarkeit - Zugleich ein Beitrag zur Frage des verfassungsrechtlichen Status des Rechtspflegers in: Rpfleger 1973, 1 ff.
Löwe-Rosenberg	Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen Kommentar I. Band 21. Auflage Berlin 1963
	II. Band 21. Auflage Berlin 1965
Loppuch	Der verwaltungsbehördliche Beschwerdebescheid und seine Abgrenzung vom Rechtsprechungsakt in: NJW 1953, 1126 ff.
Lorz	Naturschutz- Tierschutz- und Jagdrecht 2. Auflage München 1967
Lotze	Sind die Unterwerfungsverfahren und Strafbescheide der Finanzämter mit Art. 20 und 92 GG vereinbar ? in: NJW 1956, 1540 ff.
v. Mangoldt	Das Bonner Grundgesetz Kommentar Berlin/Frankfurt 1953
Marquordt	Die Empfehlungen der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit und ihre Vorschläge für die Erweiterung des Rechtspflegeramtes in: RpflBl 1962, 54 ff.
	Das Rechtspflegergesetz 1969 in: Rpfleger 1970, 1 ff.
Mattern	Steuerstrafgerichtsbarkeit - Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Verhältnis von Verwaltung und Rechtspflege in: StW 1950, 351 ff.
	Verwaltungs- und gerichtliches Steuerstrafverfahren in: ZStrW 1967, 361 ff.
Maunz	Deutsches Staatsrecht 17. Auflage München 1969
Maunz/Dürig/Herzog	Grundgesetz Kommentar Loseblattausgabe

Maunz-Sigloch	Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar Loseblattausgabe
Mayer, O.	Deutsches Verwaltungsrecht 1. Band 3. Auflage München/Leipzig 1924
Menger	System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes Tübingen 1954
Merkl	Allgemeines Verwaltungsrecht Wien und Berlin 1927
Messerer	Zum Begriff Rechtsprechung und Richter in: DRiZ 1954, 209 ff.
Möllinger	Gerichtsbarkeit bei Steuerdelikten in: AöR 80, 276 ff.
Montesquieu	Esprits Des Lois Tom. I Paris 1823
Müller-Webers	Das neue Rechtspflegergesetz in: DRiZ 1971, 159 ff.
Nawiasky	Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland Stuttgart und Köln 1950
Niese	Beurkundung als Rechtspflegeakt in: ZZP 73, 1 ff.
Parlamentarischer Rat	Verhandlungen des Hauptausschusses Stenografischer Bericht Bonn 1949
Peters	Strafprozeß 2. Auflage Karlsruhe 1966
Pikart/Henn	Lehrbuch der Freiwilligen Gerichtsbarkeit Köln/Berlin/Bonn/München 1963
Reichel	Die Stellung des Rechtspflegers in der Gerichtsorganisation Bielefeld 1951
Reuss	Vom Wesen des Richters in: DVBl 1955, 311 ff.
Ridder	Empfiehlt es sich, die vollständige Selbstverwaltung aller Gerichte im Rahmen des Grundgesetzes gesetzlich einzuführen ? in: DJT 40, 93 ff.

Rosenberg	Lehrbuch des Zivilprozeßrechts 6. Auflage München 1954
Rosenberg/Schwab	10. Auflage München 1969
Rumpf	Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung in: VVDStRL 14, 136 ff.
Schetter	Gedanken zur großen und kleinen Justizreform in: Rpfleger 1949, 146 ff.
Scheuner	Der Bereich der Regierung in Festschrift für Smend Göttingen 1952
	Probleme und Verantwortungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik in: DVBl 1952, 291 ff.
	Aussprache über Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung in: VVDStRL 14, 185 ff.
	Zur Frage der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte in: VerwArchiv 33, 68 ff.
Schier	Gestalt und Auswirkungen des neuen Rechtspflegergesetzes in: RpflBl 1969, 1 ff.
Schlegelberger	Die Unabhängigkeit der Rechtspfleger in: Rpfleger 1957, 135 ff.
Schmidt, Eberh.	Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz Teil 1 2. Auflage Göttingen 1964
	Das Deutsche Richtergesetz in: JZ 1963, 73 ff.
Schmidt/Bleibtreu/ Klein	Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland 2. Auflage Neuwied/Berlin 1969
Schmidt/Räntsch	Die neue Regierungsvorlage zum Richtergesetz in: DRiZ 1958, 61 ff.
	Deutsches Richtergesetz Kommentar München und Berlin 1962
Schönke/Schröder/ Niese	Lehrbuch des Zivilprozeßrechts 8. Auflage Karlsruhe 1956

Schorn	Die Stellung des Rechtspflegers und seine Unabhängigkeit nach dem Rechtspflegergesetz in: Rpfleger 1957, 267 ff.
Schüle	Der streitentscheidende Verwaltungsakt in: Staats- und Verwaltungswissenschaftliche Beiträge 1957 Stuttgart 1957
Statistisches Bundesamt	Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 1971 bzw. 1972 Stuttgart und Mainz 1971 bzw. 1972
Statistisches Reichsamt	Statistisches Jahrbuch für das Deutsche Reich 1941/1942 Berlin 1942
Stein	Lehrbuch des Staatsrechts Tübingen 1968
Stein/Jonas/ Schönke/Pohle	Zivilprozeßordnung Kommentar Band I 18. Auflage Tübingen 1953
Strauss, Walter	Die rechtsprechende Gewalt im Bonner Grundgesetz in: SJZ 1949, 253 ff.
	Das Rechtspflegergesetz in: Rpfleger 1957, 33 ff.
Süsterhenn/Schäfer	Kommentar der Verfassung von Rheinland-Pfalz Koblenz-Neuendorf 1950
Theilacker	Friedensgerichtsbarkeit und Rechtspfleger Jur. Diss. Tübingen 1962
Thoma	Die Funktionen der Staatsgewalt in: HdbDStR II S. 108 ff.
Thomas-Putzo	Zivilprozeßordnung mit Nebengesetzen 6. Auflage München 1973
Triepel	Die Reichsaufsicht Darmstadt 1964
v. Turegg	Gerichte in: NJW 1953, 1201 ff.
v. Turegg-Kraus	Lehrbuch des Verwaltungsrechts 4. Auflage Berlin 1962
Ule	Das Bonner Grundgesetz und die Verwaltungsgerichtsbarkeit Tübingen 1950
	Das Bonner Grundgesetz und die Justiz in: DRiZ 1950, 225 ff.

Ule	Anm. zu BVerwG JZ 1958,625 in JZ 1958, 628
	Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht in: DVBl 1959, 537 ff.
	Verwaltungsprozeßrecht 4. Auflage München und Berlin 1966
Wagner	Der Richter Karlsruhe 1959
Weinkauff	Grundsätzliches zur Referentendenkschr. über das künftige Richtergesetz in: DRiZ 1954, 227 ff.
	Die große Justizreform in: DRiZ 1958, 93 ff.
Werner	Die Stellung des Richters im Bonner Grundgesetz in: JR 1949, 302 ff.
Wertenbruch	Gewaltenteilung und Rechtspfleger in: Rpfleger 1962, 77 ff.
Westermann	Wesen und Grenzen der Richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht Münster 1955
Wieczorek	Zivilprozeßordnung und Nebengesetze Kommentar Band II Teil 1 Berlin 1957 Band IV Teil 1 Berlin 1958
Wintrich	Aufgaben, Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit in: Festschrift für Nawiasky S. 191 ff. München 1956
Wolff, H.J.	Die Voraussetzungen eines besonderen Verwaltungsgerichts dargestellt am Beispiel der Spruchkammern bei den Versicherungsämtern in: MDR 1951, 67 ff.
	Verwaltungsrecht I 8. Auflage München 1971
Zelter	Zur Großen Justizreform in: Rpfleger 1950, 241 ff.
Zinn	Die Rechtsprechung in: DÖV 1949, 278 ff.

Anmerkung: Die Arbeit berücksichtigt den Stand von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum bis zum 1. Oktober 1973.

Abkürzungen

a.a.O.	= am angegebenen Orte
Abs.	= Absatz
a.F.	= alte Fassung
AG	= Aktiengesellschaft
AktG	= Aktiengesetz
Alt.	= Alternative
Anm.	= Anmerkung
AnwBl	= Anwaltsblatt
AO	= Reichsabgabenordnung
AöR	= Archiv für öffentliches Recht
ArbGG	= Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	= Artikel
AT	= Allgemeiner Teil
AuslG	= Ausländergesetz
AV	= Allgemeine Verfügung
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BAGE	= Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Amtliche Sammlung)
BauLBG	= Baulandbeschaffungsgesetz
BB	= Der Betriebsberater
BBauG	= Bundesbaugesetz
Bd.	= Band
BetrVG	= Betriebsverfassungsgesetz
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
BK	= Bonner Kommentar
BR	= Bundesrat
BRD	= Bundesrepublik Deutschland
BSeuchenG	= Bundesseuchengesetz
BSHG	= Bundessozialhilfegesetz
BV	= Bundesverfassung der Republik Oesterreich
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Sammlung)
BVerfGG	= Gesetz über das Bundesverfassungsgericht

BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	= Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Amtliche Sammlung)
BZRG	= Bundeszentralregistergesetz
bzw.	= beziehungsweise
ca.	= cirka
DB	= Der Betrieb
d.h.	= das heißt
Diss.	= Dissertation
DJ	= Deutsche Justiz
DJT	= Deutscher Juristentag
DNotZ	= Deutsche Notarzeitschrift
DÖV	= Die Öffentliche Verwaltung
DRB	= Deutscher Richterbund
DRiG	= Deutsches Richtergesetz
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
Dt.	= Deutsch (er) (es)
DV	= Deutsche Verwaltung (Zeitschrift seit 1948 vereinigt mit DVBl ab 1.4.1950)
DVBl	= Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	= Durchführungsverordnung
EGGVG	= Einführungungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
ESVGH	= Entscheidungssammlung des Hessischen und Württemberg-Badischen Verwaltungsgerichtshofes
Ev.	= Evangelisches
FamRechtsÄndG	= Familienrechtsänderungsgesetz
FG	= Freiwillige Gerichtsbarkeit
FGG	= Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGO	= Finanzgerichtsordnung
FR	= Finanz - Rundschau
FreiEntz	= Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen
Fußn.	= Fußnote
GA	= Goldtammers Archiv
GBl	= Gesetzblatt Baden-Württemberg
GBO	= Grundbuchordnung
gem.	= gemäß

GenG	= Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GeschlG	= Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten
GG	= Grundgesetz
GKG	= Gerichtskostengesetz
GS	= Gesetzblatt für Preußen
GVBl	= Gesetz- und Verordnungsblatt für Baden-Württemberg
GVG	= Gerichtsverfassungsgesetz
GV NW	= Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
Halbbd.	= Halbband
Halbs.	= Halbsatz
HdbDStR	= Handbuch des Deutschen Staatsrechts
HGB	= Handelsgesetzbuch
h.L.	= herrschende Lehre
h.M.	= herrschende Meinung
i.S.d.	= im Sinne des
i.V.m.	= in Verbindung mit
JFG	= Jahrbuch der Entscheidungen in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit
JGG	= Jugendgerichtsgesetz
JR	= Juristische Rundschau
Justizmin.	= Justizministerium
JWG	= Jugendwohlfahrtsgesetz
JZ	= Juristenzeitung
KartellG	= Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
KG	= Kommanditgesellschaft
KG West	= Kammergericht West
km^2	= Quadratkilometer
KO	= Konkursordnung
KostO	= Kostenordnung
KRG	= Kontrollratsgesetz
LBG	= Landesbeamtengesetz
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	= mit weiteren Nachweisen
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	= Nummer
NRW	= Nordrhein-Westfalen

OHG	= Offene Handelsgesellschaft
OLG	= Oberlandesgericht
ordentl. Ger.	= ordentliche Gerichte (Justizgerichte)
OVG	= Oberverwaltungsgericht
OVGE	= Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte (Amtliche Sammlungen mit Zusatz des betreffenden Gerichts)
OWiG	= Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
p.	= page (französisch) Seite
PreußGesSammlg	= Preußische Gesetzessammlung
PreußJMBl	= Preußisches Justizministerialblatt
PsychKG	= Gesetz über Hilfs- und Schutzmaßnahmen bei psychischen Krankheiten
Rdnr.	= Randnummer
RG	= Reichsgericht
RGBl	= Reichsgesetzblatt
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
RFGG	= Reichsgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit (ursprüngliche amtliche Bezeichnung des FGG)
RJM	= Reichsjustizministerium
RpflBl	= Rechtspflegerblatt
Rpfleger	= Der deutsche Rechtspfleger
RPflG	= Rechtspflegergesetz
Rspr.	= Rechtsprechung
RV	= Reichsverfassung
RVereinheitlG	= Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts
S.	= Seite
SeemannsG	= Seemannsgesetz
SeemannsO	= Seemannsordnung
SGG	= Sozialgerichtsgesetz
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung
Staatsr.	= Staatsrecht
StGB	= Strafgesetzbuch
StPO	= Strafprozeßordnung
StW	= Steuer und Wirtschaft

SVG NW	= Sammlung des bereinigten Gesetz- und Verordnungsblattes für das Land Nordrhein-Westfalen
u.	= und
u.a.m.	= und andere mehr
UmstG	= Drittes Gesetz zur Neuordnung des Geldwesens
VA	= Verwaltungsakt
VerfR	= Verfahrensrecht
VerwArchiv	= Verwaltungsarchiv
VerwR	= Verwaltungsrecht
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
VGHG NW	= Gesetz über den Verfassungsgerichtshof des Landes Nordrhein-Westfalen
vgl.	= vergleiche
VGVO	= Verordnung Nr. 165 der Militärregierung Britisches Kontrollgebiet über über Verwaltungsgerichtsbarkeit der Britischen Zone 1948, 263 aufgehoben durch § 195 II 2 VwGO
Vorbem.	= Vorbemerkung
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung
VwVG NW	= Verwaltungsvollstreckungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen
WDO	= Wehrdisziplinarordnung
WRV	= Weimarer Reichsverfassung
z.B.	= zum Beispiel
Ziff.	= Ziffer
ZJBl	= Zentral-Justizblatt für die Britische Zone
ZPO	= Zivilprozeßordnung
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZStrW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVG	= Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozeß

1. Abschnitt: Umfang und justizorganisatorische Bedeutung der Zuweisung von echten Streitsachen an den Rechtspfleger

I. Der Bereich der Zuweisungen von echten Streitsachen de lege lata

Durch das Rechtspflegergesetz vom 5.11.1969 [1] in der Fassung des Änderungsgesetzes vom 27.6.1970 [2] wird dem Rechtspfleger die Entscheidung einzelner echter Streitsachen zugewiesen, z.B.:

aus dem Gebiet des Familienrechts:
die Änderung der Unterhaltsgewährung nach § 1612 II BGB gem. § 3 Nr. 2a RPflG;
das Verfahren zur Regelung der Ausgleichsforderung nach Beendigung des Güterstandes der Zugewinngemeinschaft nach §§ 1382, 1383 BGB gem. § 53 a FGG [3], § 3 Nr. 2a i.V.m. § 14 RPflG.

aus dem Gebiet des Vereins- und Gesellschaftsrechts:
die Ermächtigung zur Einberufung der Mitgliederversammlung nach § 37 BGB i.V.m. § 160 FGG gem. § 3 Nr. 1a RPflG;
die Ermächtigung zur Berufung der Generalversammlung nach § 45 III GenG [4] i.V.m. § 148 I FGG gem. § 3 Nr. 2d RPflG;
die Abberufung von Liquidatoren der OHG nach § 147 HGB i.V.m. § 145 FGG gem. § 3 Nr. 2d i.V.m. § 17 Nr. 2a RPflG;
die Abberufung von Liquidatoren der KG nach §§ 161 II, 147 HGB i.V.m. § 145 FGG gem. § 3 Nr. 2d i.V.m. § 17 Nr. 2a RPflG;
die Anordnung hinsichtlich der Kontrollrechte des Kommanditisten

---

1) BGBl I S. 2065.

2) BGBl I S. 911 geändert durch Gesetz zur Änderung des Deutschen Richtergesetzes vom 10.9.1971 BGBl I 1557; Gesetz über das Verfahren bei der Einzahlung und Verteilung der Haftungssumme zur Beschränkung der Reederhaftung (Seerechtliche Verteilungsordnung vom 21.6.1972 BGBl I 953; Gesetz zur Ausführung des Übereinkommens vom 27.9.1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen BGBl I 1328 vom 29.7.1972.

3) vom 20. Mai 1898 RGBl S. 771 in der Fassung vom 21.6.1972 BGBl I 966

4) vom 20. Mai 1898 RGBl S. 810 in der Fassung vom 28. August 1969 BGBl I 1513.

Bedingt durch diesen Zeitdruck und die Kompliziertheit der neu zu regelnden Rechtsmaterien weisen diese Rechtsnormen eine geringere Qualität auf als vorkonstitutionelle Gesetzgebungswerke, insbesondere als solche, die aus der Zeit vor der Weimarer Republik datieren. Diese Entwicklung hat den Richter in verschiedenen Richtungen nicht unerheblich belastet.
Die Flut neuer Gesetze enthält bisweilen nur vorläufige, sich rasch ändernde Regelungen, deren Entwicklung der Richter laufend verfolgen muß; so liegt z.B. zum UmstG seit 1949 die 40. DVO vor. Manche Gesetze enthalten nur Teilregelungen oder scheiden die Behandlung von Sonderfragen expressis verbis aus.

Darüber hinaus ist die Gesetzesformulierung häufig mißverständlich, führt beim Bürger zu erhöhter Rechtsunklarheit und damit in verstärktem Maße zum Ruf nach dem Richter.
Weiterhin enthalten zahlreiche Gesetze Regelungslücken, die größenteils dadurch entstehen, daß der Gesetzgeber die gesamte Anzahl der zu regelnden Fallkonstellationen nicht vollständig erfaßt hat. Die Gesetzeslücke bedeutet gleichfalls für den Rechtssuchenden Rechtsunklarheit und damit letztlich für den Richter höheren Arbeitsanfall. Dieses Problem kann auch nicht durch die Generalklausel gelöst werden; sie führt erfahrungsgemäß zu noch größerer Rechtsunsicherheit, die sich oft widerspiegelt in nahezu unübersehbarer Kasuistik in der Rechtsprechung, (vgl. vor allem § 242 BGB - die Kommentierung bei Staudinger umfaßt ca. 1800 Seiten -) deren Verfolgung den Richter noch stärker beschäftigt als die Ausfüllung von Gesetzeslücken.
Außerdem entstammen die Rechtsnormen vier verschiedenen staatsrechtlichen Epochen, so daß ihre historischen Normzwecke vielfach divergieren und sich darüber hinaus mit den wirtschaftlichen und politischen Veränderungen innerhalb der Gesellschaft gewandelt haben. [1] Diese Tatsache erschwert eine teleologische Auslegung vom heutigen Normzweck.
Weitere Belastungen des Richters hat das Grundgesetz geschaffen. In Art. 19 IV GG hat es eine lückenlose Rechtskontrolle der

---

1) Vgl. Theilacker, Friedensgerichtsbarkeit und Rechtspfleger S.95

Verwaltung durch die Gerichte eingeführt.
Der in Art. 103 GG normierte Grundsatz des rechtlichen Gehörs erfordert:

1) daß der Beteiligte Gelegenheit erhält, sich vor Erlaß einer Entscheidung zu dem ihr zugrunde liegenden Sachverhalt zu äußern, vor Gericht Anträge zu stellen oder Ausführungen zu machen;
2) daß der Entscheidung nur solche Tatsachen und Beweisergebnisse zugrunde gelegt werden, zu denen sich die Beteiligten äußern konnten. [1)]

Schließlich hat das Grundgesetz in Art. 100 dem Richter die materielle Prüfungspflicht gegenüber der Legislative übertragen. Danach hat der Richter zu prüfen, ob das anzuwendende Gesetz wegen eines Widerspruchs zu einer höherrangigen Rechtsnorm (insbesondere zum Grundgesetz) ganz oder teilweise nichtig oder durch ein späteres gleich- oder höherrangiges Gesetz, das etwas anderes anordnet, ganz oder teilwiese aufgehoben ist. [2)]
Hinsichtlich der vor dem 24.5.1949 verkündeten Gesetze und der untergesetzlichen Rechtsnormen hat der Richter sogar die Verwerfungskompetenz. [3)] Bezüglich der nachkonstitutionellen Gesetze hat der Richter die Vorlagepflicht, d.h., hält er das Gesetz für verfassungswidrig, muß er die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (oder, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des betreffenden Landesverfassungsgerichts) einholen. [4)] Auch insoweit hat der Richter eine schwierige und verantwortungsvolle Aufgabe.
Ferner erschwert die durch den föderalistischen Aufbau der Bundesrepublik Deutschland bedingte Rechtszersplitterung - gem. Art. 70 I GG haben die Länder das Recht der Gesetzgebung, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht - die rechtsprechende Tätigkeit des Richters.

---

1) Vgl. BVerfGE 1, 418 (429); 6, 19.
2) Theilacker, Friedensgerichtsbarkeit und Rechtspfleger S. 96.
3) So auch BVerfGE 1, 184; 2, 124.
4) Vgl. Theilacker a.a.O. S. 96 m.w.N.

Eine weitere Vermehrung richterlicher Arbeit ist durch die Kommerzialisierung des wissenschaftlichen Verlagswesens eingetreten. Allein die große Zahl der juristischen Fachzeitschriften, die es dem Richter anbietet, kann dieser nicht bewältigen, wenn auch die Anzahl dieser Zeitschriften noch einigermaßen überschaubar ist; die hinzukommenden Kommentare, Standardwerke, Monographien und Rechtsprechungssammlungen sind es dagegen nicht mehr. Somit ist der Richter darauf angewiesen, jeweils im Einzelfall das Dickicht von Schrifttum und Rechtsprechung nach dem für die Fallentscheidung Einschlägigen zu durchforsten, wobei diese Tätigkeit bisweilen erheblichen Zeitaufwand erfordert.

Die vorstehend bezeichneten Belastungen des Richters umfassen nur solche, die sich unmittelbar aus der Anwendung der Gesetzesmaterie unter Berücksichtigung von Rechtsprechung und Schrifttum ergeben.

Darüber hinaus hat aber den weitaus größten Anteil an dem ständigen Ansteigen der Belastung des Richters der permanent ansteigende Umfang des Geschäftsanfalles. So haben z.B. in Baden-Württemberg von 1938 bis 1956 die Strafsachen um 144 % zugenommen, die Zivilsachen um 87 %; die Zahl der Richter ist jedoch nur um 15 % angestiegen. [1] Von 1957 bis 1969 stieg die Zahl der bei den Justizgerichten im gesamten Bundesgebiet anhängigen Verfahren (Zivil- und Strafprozesse) von rund 1. 700 000 [2] auf rund 2. 480 000 an; [3] das entspricht einer Steigerungsrate von ca. 45 %.

---

1) Wagner, Der Richter S. 171.

2) Wagner, a.a.O. S. 174.

3) Das Statistische Jahrbuch für die BRD 1971 enthält auf S. 100 nur Einzelzahlen; die hieraus errechnete Gesamtzahl beträgt 2. 278 757. Diese Zahl enthält nicht die in Niedersachsen anhängigen Verfahren, die deshalb wie folgt geschätzt und addiert wurden: Der Anteil Niedersachsens an der Bevölkerung des Bundesgebietes beträgt rund 9 %. Die im Statistischen Jahrbuch angegebene Zahl wurde somit um 9 % auf 2. 480 000 erhöht. Das Statistische Jahrbuch für 1972 weist nur die Erledigungen, nicht dagegen die Zahl der anhängigen Verfahren aus und ist damit hinsichtlich der Gesamtbelastung der Gerichte weniger aussagekräftig.

Im Zeitraum vom 1.1.1959 bis 1.1.1971 stieg die Zahl der Richter im Landesdienst von 11. 502 [1] auf 12. 462 [2]; das entspricht einer Vermehrung der Richterstellen um 8,3 %. Damit entfallen im Bundesdurchschnitt auf einen Richter allein 200 Prozesse. [3] Dazu kommen die vom Richter wahrzunehmenden Verwaltungsgeschäfte, sowie für einige Richter die Zwangsvollstreckungssachen, soweit sie der Rechtspfleger nicht erledigen kann. [4]
Dieser starke Anstieg des Geschäftsanfalls ist einmal bedingt durch die zahlreichen Nachkriegsprobleme, die die Rechtsprechung beschäftigt haben und noch beschäftigen. [5] Weiterhin ist die Bevölkerungsdichte von 1939 bis 1971 von 132 Einwohnern pro km^2 auf 247 Einwohner pro km^2 angestiegen. [6] Durch diese Zusammenballung der Bevölkerung auf verhältnismäßig engem Raum entstehen immer mehr Konfliktsituationen, die sich schließlich zu Rechtsstreitigkeiten entwickeln; ferner dürfte darin auch eine wesentliche Ursache für den starken Anstieg der Kriminalität zu sehen sein. [7]
In dieser Situation kann der Richter die Aufgabe, den Rechtsfrieden wiederherzustellen, kaum zufriedenstellend bewältigen. Er kann oft erst auf Monate Termin anberaumen, und nicht selten verstreichen von Klageerhebung bis zur Entscheidung in letzter Instanz vier Jahre und mehr, [8] d.h., die Wiederherstellung des Rechtsfriedens wird solange verzögert. Außerdem sinkt durch solchen überhöhten Arbeitsanfall die Güte der Rechtsprechung. Aus diesen Gründen ist eine Entlastung des Richters dringend ge-

---

1) Statistisches Jahrbuch für die BRD 1971 S. 99.

2) Statistisches Jahrbuch für die BRD 1971 ebenda.

3) Wagner, Der Richter S. 171 bezeichnet noch diese Zahl als Extremfall bei einzelnen Gerichten.

4) Vgl. § 11 RPflG.

5) Vgl. S. 3-4.

6) Statistisches Jahrbuch für das Deutsche Reich 1941/42 S. 7; Statistisches Jahrbuch für die BRD 1972 S. 25.

7) Vgl. z.B. Bulletin der Bundesregierung 1969 Teil 2 Nr. 61 S.522 Ansteigen der Diebstahlskriminalität (schwerer Diebstahl von 1955 mit 136 345 auf 460 346 im Jahre 1968 = 237,6 %).

8) Vgl. Theilacker, Friedensgerichtsbarkeit und Rechtspfleger S. 97 Fußnote 3.

boten. Um aber feststellen zu können, welche Maßnahmen am geeignetsten sind, - vor allem, ob die de lege lata dem Rechtspfleger zugewiesenen echten Streitentscheidungen und die nach dem Modell II de lege ferenda erwogenen Zuweisungen den Richter wirksam zu entlasten vermögen, - ist zunächst von den bisherigen Entlastungsmaßnahmen auszugehen.

IV. Bisherige Regelungen zur Entlastung des rechtsgelehrten Richters

Da Theilacker [1] die bisherigen Entlastungsmaßnahmen bis zum Rechtspflegergesetz von 1957 bereits detailliert dargestellt hat, soll - zwecks Vermeidung von Wiederholungen - im Rahmen dieser Arbeit insoweit lediglich eine kurze Übersicht gegeben werden.
Die Reichsjustizgesetze von 1877 [2] und die ihnen folgenden Verfahrensordnungen von 1897 [3] stellten den Grundsatz auf, daß alle Entscheidungen des Gerichts von rechtsgelehrten Richtern, teils unter Mitwirkung von Laienrichtern, vorzunehmen seien. Die Aufgaben des Gerichtsschreibers waren von sehr untergeordneter Bedeutung. [4]
Dieses Prinzip führte bald zu einer erheblichen Überbelastung der Gerichte und dadurch zum Beginn der Reformgespräche. Den Auftakt hierzu bildete die berühmte Herrenhausrede des Frankfurter Oberbürgermeisters Adickes vom 30.3.1906, sowie dessen im gleichen Jahr erschienene Schrift "Grundlinien durchgreifender Justizreform", in denen er eine nachhaltige Entlastung der Richter forderte.
Ohne ursächlichen Zusammenhang mit diesen Ausführungen ordnete die Preußische Allgemeine Verfügung vom 25.4.1906 [5] an, daß der Gerichtsschreiber den Richter bei zahlreichen Geschäften in der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit und zum Teil auch auf dem Gebiet des Strafprozesses durch Anfertigung von Entwürfen zu entlasten habe. Der Gerichtsschreiber erhielt somit den Status

---

1) Theilacker, Friedensgerichtsbarkeit und Rechtspfleger S. 100 ff.
2) GVG (RGBl S. 41); ZPO (RGBl S. 83); StPO (RGBl S. 253); KO (RGBl S. 351).
3) GBO (RGBl S. 139); ZVG (RGBl S. 97); RFGG (RGBl 1898 S. 189).
4) Vgl. Theilacker, Friedensgerichtsbarkeit und Rechtspfleger S. 100 Fußnote 3.
5) Preuß.JMBl S. 112, neu gefaßt durch Allg. Verfügung vom 9.11.1910 Preuß JMBl S. 393.

eines Richtergehilfen. Durch die Zivilprozeßnovelle vom 1.6.1909,[1] die durch Änderung der §§ 104, 699 ZPO dem Gerichtsschreiber die Kostenfestsetzung und die Erteilung von Vollstreckungsbefehlen zur selbständigen, eigenverantwortlichen Bearbeitung übertrug, wurde der Gerichtsschreiber bezüglich derselben Geschäfte selbständiges Rechtspflegeorgan.
Durch Gesetz vom 14.12.1920 betreffend die Übertragung richterlicher Geschäfte in Grundbuchsachen auf die Gerichtsschreiber[2] wurde in Preußen der Justizminister ermächtigt, Geschäfte in Grundbuchsachen dem Gerichtsschreiber zu übertragen. Der Gerichtsschreiber wurde in diesem Zusammenhang als Richtervertreter tätig.

Eine weitere Entlastung erfolgte durch das Reichsgesetz zur Entlastung der Gerichte vom 11.3.1921[3], das die Justizverwaltungen der Länder ermächtigte, im Erlaßwege bestimmte Geschäfte der streitigen und fast alle einfacheren Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf die Gerichtsschreiber zu übertragen. Die der Ermächtigung durch das Reich folgenden Entlastungsbestimmungen der Länder waren wenig übersichtlich.[4] Erwähnenswert ist nur, daß von ihnen die preußische Entlastungsverfügung vom 28.5.1923[5] erstmals die Bezeichnung "Rechtspfleger" verwandte.
In die Zeit von 1933 - 1945 fällt als nennenswerte Neuerung nur die Reichsentlastungsverfügung vom 3.7.1943.[6] Diese enthielt eine Vereinheitlichung der Ausbildung und legte den Umfang der regelmäßigen Entlastung fest, so daß dieser Bereich nicht mehr vom Landgerichtspräsidenten nach Bedürfnis bestimmt werden konnte.

Nach Kriegsende entstand der Entwurf einer Rechtspflegeverordnung vom 1.4.1949,[7] der von den Ländern der Britischen Zone

---

1) RGBl I S. 475.

2) PreußGesSammlg 1921 S. 75; Grotefend-Cretschmar, Gesetzesmaterial 1921 S. 12.

3) RGBl I S. 229.

4) Vgl. Theilacker, Friedensgerichtsbarkeit und Rechtspfleger S.103 mit Hinweis auf Sarkamm, Die gesetzlichen Grundlagen der Rechtspflegertätigkeit.

5) Preuß. JMBl S. 401, geändert durch AV vom 1.3.1928 Preuß. JMBl S. 140.

6) AV des RJM, DJ 43/339 geändert durch AV vom 5.6.1944 DJ S. 185 und 19.9.1944 DJ S. 249.

7) Reichel, Stellung des Rechtspflegers S. 103 ff.

gebilligt wurde. Dieser Entwurf wurde nicht mehr Gesetz, doch hat er das spätere Rechtspflegergesetz nachhaltig beeinflußt.
Das Rechtsvereinheitlichungsgesetz vom 12.9.1950 [1] führte den Begriff "Rechtspfleger" in das GVG ein.
Im Jahre 1952 legte das Bundesjustizministerium einen Referentenentwurf zum Rechtspflegergesetz vor, der nach überwiegender Auffassung der Richter zu weitgehende Zuweisungen an den Rechtspfleger vorsah. [2] Der darauf folgende Kabinettsentwurf schränkte die Übertragungen wiederum ein. [3] Aufgrund des Widerstandes des Bundesrates [4] konnte er im Laufe der 1. Legislaturperiode nicht mehr Gesetz werden. In der 2. Legislaturperiode wurde er ohne Änderungen erneut eingebracht, der Bundesrat hielt an seinen Bedenken fest, wurde jedoch durch den Bundestag überstimmt. Das Rechtspflegergesetz trat am 1.7.1957 in Kraft. Nach § 1 RPflG ist der Rechtspfleger selbständiges Organ der Rechtspflege. Bei seinen Aufgaben handelt es sich um bestimmte richterliche Geschäfte, die das Rechtspflegergesetz auf den Rechtspfleger überträgt. Der Rechtspfleger entscheidet in diesem Bereich selbständig und ist bei seinen Entscheidungen nur dem Gesetz unterworfen. [5]
Das Rechtspflegergesetz unterscheidet drei Arten der Übertragung:
1) Vollübertragung: Übertragung ganzer Sachgebiete auf den Rechtspfleger ohne Richtervorbehalt, vgl. § 3 Nr. 1 RPflG.
2) Übertragung mit Vorbehalt:
Übertragung ganzer Sachgebiete auf den Rechtspfleger, jedoch bleiben einzelne im Gesetz aufgeführte Geschäfte grundsätzlich dem Richter vorbehalten, vgl. § 3 Nr. 2 RPflG.

---

1) BGBl I S. 455.
2) Heim, Zum Entw. des RPflG in DRiZ 52, 146 ff.; Versch. Autoren zum Regierungsentwurf eines RPflG in DRiZ 52,161 ff.; Feyock, Grundlagen der Stellung des Notars im Rechtsleben in DNotZ 52, 252 ff.
3) BR-Drucksache Nr. 348 von 1952.
4) BR-Protokolle 92. Sitzung vom 26.9.1952 S. 409.
5) Vgl. § 8 RPflG mit der Einschränkung des § 5.

3) Einzelübertragung: Übertragung einzelner Geschäfte aus Sachgebieten, die grundsätzlich dem Richter vorbehalten sind, vgl. § 19 RPflG.

Nach § 24 RPflG kann der Rechtspfleger durch Vorverfügen auch in anderen richterlichen Geschäften tätig werden. [1)]

Das Rechtspflegergesetz vom 5. November 1969 [2)] hat wiederum den Zuständigkeitsbereich des Rechtspflegers beträchtlich erweitert: Der Katalog der Vollübertragungen (§ 3 Nr.1) ist umfangreicher geworden; der Rechtspfleger ist nunmehr auch zuständig in: Güterrechtsregistersachen, Urkundssachen, Verschollenheitssachen, Grundbuchsachen sowie Schiffsregister-, Schiffsbauregister- und Luftfahrzeugpfandregisterangelegenheiten, Verfahren nach dem Zwangsversteigerungsgesetz und in dem Verteilungsverfahren außerhalb der Zwangsvollstreckung nach der ZPO und dem ZVG sowie in den Verteilungsverfahren nach § 75 II Flurbereinigungsgesetz [3)], § 54 III Landbeschaffungsgesetz [4)], § 28 II Luftverkehrsgesetz [5)] und § 119 III BBauG. [6)] Damit sind die Vollübertragungen verdoppelt worden. [7)]

Der Kreis der Übertragungen mit Vorbehalt ist zahlenmäßig zurückgegangen, da die Vollübertragungen zugenommen haben. Hinzugekommen ist jedoch gem. § 3 Nr. 2 das Adoptionsverfahren.

Weiterhin sind die Einzelübertragungen vermehrt worden, vgl. § 3 Nr. 3 und 4. Es seien nur genannt: Geschäfte im Festsetzungsverfahren, im Verfahren vor dem Patentgericht sowie gerichtliche Entscheidungen in der Strafvollstreckung; ferner bestimmte Geschäfte

---

1) Die Angaben von Vorschriften aus dem RPflG beziehen sich von S. 10 Zitat 4 bis S. 11 Zitat 1 auf die Fassung vom 8.2.1957 BGBl I 18 ber. 44.

2) BGBl I S. 2065.

3) 14. Juli 1953 BGBl I 59 in der Fassung vom 28. August 1969 BGBl I S. 1513.

4) 23. Februar 1957 BGBl I S. 134 in der Fassung vom 29. November 1966 BGBl I S. 653.

5) 4. November 1968 BGBl I S. 1113 in der Fassung vom 30. März 1971 BGBl I S. 282.

6) 23. Juni 1960 BGBl I S. 341 in der Fassung vom 23. Juni 1970 BGBl I S. 805.

7) Habscheid, Das neue Rechtspflegergesetz in RpflBl 70, 5.

im internationalen Rechtsverkehr, in Hinterlegungssachen und bei der Vollstreckung in Straf- und Bußgeldsachen. [1]
Das Gesetz vom 27.6.1970 [2] hat den Offenbarungseid in eine eidesstattliche Versicherung umgewandelt und deren Entgegennahme dem Rechtspfleger übertragen.
Durch Gesetz vom 21.6.1972 [3] wurde dem Rechtspfleger das Verfahren nach der Seerechtlichen Verteilungsordnung übertragen, vgl. § 3 Nr. 2g, § 19a RPflG.
Schließlich wurden durch Gesetz vom 29.7.1972 [4] die §§ 20 Nr. 12, 26 RPflG dem Übereinkommen vom 27.9.1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen angepaßt. [5]
Nach diesem Stand der Entwicklung ist der größte Teil richterlicher Aufgaben, die keine echte Streitentscheidung darstellen, dem Rechtspfleger übertragen worden. Die hierdurch erreichte Richterentlastung wird auf etwa 5% geschätzt. [6] Im Vergleich zu den oben dargestellten Belastungen des Richters ist diese Entlastungsquote nicht ausreichend. Sie muß daher dergestalt gesteigert werden, daß auf den einzelnen Richter auch weniger Entscheidungen echter Streitsachen entfallen.

V. Möglichkeiten der Entlastung des Richters von der Entscheidung echter Streitsachen

Zunächst ließe sich erwägen, die Anzahl der auf den einzelnen Richter entfallenden Streitentscheidungen durch eine beträchtliche Erhöhung der Richterzahl zu senken.
Diese Lösung wäre jedoch rechts- und standespolitisch die am wenigsten geeignete und würde darüber hinaus der Stellung und Bedeutung der dritten Gewalt im Grundgesetz in keiner Weise gerecht.

---

1) Vgl. Habscheid, Das neue Rechtspflegergesetz in RpflBl 70, 6.
2) BGBl I S. 911.
3) BGBl I S. 953.
4) BGBl I S. 1328.
5) BGBl I S. 1328.
6) Theilacker, Friedensgerichtsbarkeit und Rechtspfleger S. 110.

Aufgrund der Ausgestaltung der rechtsprechenden Gewalt als zentrale Kontrollgewalt gegenüber Legislative und Exekutive, vgl. vor allem die Generalklausel des Art. 19 IV GG, darf der Richter nicht "als der Beamte eines anonymen Staates erscheinen, der irgendeine staatliche Aufgabe ausübt, die zufällig in der Handhabung des richterlichen Ermessens besteht, sondern er ist ein Stellvertreter in der vom Volk ausgehenden Souveränität, die ihn unmittelbar legitimiert." [1] Diese Legitimation bringt das Grundgesetz durch die Feststellung zum Ausdruck: " Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut. "

Ferner ist das Recht, bedingt durch seine historische Entwicklung, insbesondere durch die das germanische Recht vollends verdrängende Hauptrezeption, zum Kunstrecht geworden, das dem deutschen Volk stets fremd geblieben ist. Es muß daher Aufgabe des Richters sein, dieses Recht dem Volk eindrucksvoll nahezubringen. Das kann jedoch nicht durch eine beliebig vermehrbare Anzahl von Richterbeamten geschehen. [2] Eine beträchtliche Erhöhung der jetzigen Richterzahl von bereits 12. 954 [3] verbietet sich daher. [4]

Als weitere Entlastungsmöglichkeit wäre der akademisch gelehrte Richtergehilfe zu erwägen. Dieser könnte die Entscheidung des Richters weitgehend vorbereiten. Da der Richter jedoch allein die Verantwortung trägt, müßte die gesamte Tätigkeit des Richtergehilfen durch den Richter sorfältig überwacht und etwaige Entscheidungsvorschläge müßten genauestens geprüft werden, so daß sich die erreichten Entlastungen in sehr engen Grenzen hielten. Außerdem könnte auf diesem Wege die richterliche Entscheidung von nichtrichterlicher Seite in sehr bedenklicher Weise beeinflußt werden, so könnte z.B. der Richtergehilfe aufgrund seiner Sichtweise vom Fall die Beweiserhebung durch Vorbereitung entsprechender Beweis-

---

1) Zinn, Die Rechtsprechung in DÖV 1949, 278 (280).

2) So auch Weinkauff, Die große Justizreform in DRiZ 58, 93 (94); Schetter, Justizreform in Rpfleger 49, 146 (148).

3) Statistisches Jahrbuch für die BRD 1972 S. 99.

4) Kleinrahm, Justizreform und Grundgesetz in Rpfleger 52, 1 (3); Kommission DRB, Zur Großen Justizreform in DRiZ 59, 341 (342); Marquordt, Die Empfehlung der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit in RpflBl 62, 54 (56); Weinkauff, Grundsätzl. zur Ref.-Denkschr. über das künftige Richterges. in DRiZ 54, 227; Zelter, Zur Großen Justizreform in Rpfleger 50, 241 (242).

beschlüsse in eine Richtung lenken, die der Richter nicht billigen würde, der er sich aber nicht entziehen kann, weil er zeitlich nicht in der Lage ist, die Beweiserhebung noch einmal durchzuführen. Außerdem kommen dem Richtergehilfen die Garantien des Art. 97 GG nicht zu. [1] Gegen diese Entlastungsregelung sprechen somit sowohl rechtliche als auch praktische Erwägungen.
Weiterhin könnte eine Reform des Gerichtsverfassungsrechts und des sonstigen Verfahrensrechts den Richter entlasten. Mag eine solche Reform auch durch eine erhebliche Verfahrensbeschleunigung ihren Beitrag zur Entlastung des Richters leisten, so reicht sie doch allein nicht aus. Der Bericht der Kommission für Gerichtsverfassungsrecht stellt dies eindeutig fest, indem er bei allen entwickelten Modellen eine zusätzliche Entlastung des Richters fordert. [2]
Schließlich bietet sich als Entlastungsmöglichkeit die Ausdehnung der Zuweisung von echten Streitsachen an den Rechtspfleger an. Dieser hat sich bezüglich seiner bisherigen Aufgaben als Rechtspflegeorgan bewährt. [3]
Er könnte selbständig Entscheidungen treffen. Der Tatsache, daß der Rechtspfleger nicht über eine so qualifizierte Ausbildung verfügt wie der Richter, könnte weitgehend § 5 RPflG Rechnung tragen; danach hat der Rechtspfleger rechtlich schwierige Fälle dem Richter vorzulegen; ferner kann der Richter auf Erinnerung hin gem. § 11 RPflG völlig neu entscheiden.
Auf diese Weise ließe sich eine hinreichende Entlastung des Richters erreichen. [4]

---

1) Vgl. Buchholz, Richterliche Hilfsarbeiter in DRiZ 59, 46.

2) Bericht der Kommission für Gerichtsverfassungsrecht und und Rechtspflegerrecht S. 7, 9, 10/11.

3) Zu den mit der staatl. Friedensgerichtsbarkeit in Baden-Württemb. gemachten Erfahrungen vgl. Theilacker, Friedensgerichtsb. u. Rechtspfl. S. 99, 131.

4) Aufgrund justizinterner Statistiken und der mit der Gemeindegerichtsbarkeit in Baden-Württemb. gemachten Erfahrungen, vgl. BVerfGE 14, 56 (73) ist zu erwarten, daß kaum mehr als 5 % der vom Rechtspfl. erlassenen Entsch. zur richterlichen Überprüfung gelangen würden.

2. Abschnitt: Die verfassungsrechtliche Problematik der Zuweisung echter Streitsachen an den Rechtspfleger

Die im ersten Abschnitt dargestellten Zuweisungen von echten Streitsachen an den Rechtspfleger könnten gegen Art. 92 erster Halbs. GG verstoßen. Danach ist die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut. Verfassungsrechtliche Bedenken können sich aus dieser Vorschrift ergeben, wenn sie nicht nur Programmsatz, sondern verbindlicher Rechtssatz ist, und der Begriff der rechtsprechenden Gewalt verfassungsimmanent ist; andernfalls könnte der Bundesgesetzgeber durch einfaches Gesetz den Begriff der rechtsprechenden Gewalt festlegen, so daß Art. 92 GG insoweit keine Bedeutung mehr zukäme.
Sollten beide Vorfragen so zu beantworten sein, daß Art. 92 erster Halbs. GG verbindliche Rechtsnorm ist, die einen dem Grundgesetz immanenten Begriff der rechtsprechenden Gewalt enthält, so ergeben sich hinsichtlich der Zuweisungen echter Streitsachen an den Rechtspfleger aus Art. 92 erster Halbs. GG drei Hauptproblemkreise:

1) Es ist der Begriff der rechtsprechenden Gewalt zu untersuchen, insbesondere ist zu prüfen, inwieweit Streitentscheidungen rechtsprechende Gewalt darstellen.
2) Sollten alle oder auch nur einzelne Streitentscheidungen zur rechtsprechenden Gewalt gehören, so stellt sich weiterhin die Frage, ob der Rechtspfleger Richter i.S.d. Art. 92 GG ist oder ob diese Vorschrift der Streitentscheidung durch den Rechtspfleger entgegensteht.
3) Für den Fall, daß Frage 2 in letzterem Sinne zu beantworten ist, ist zu erörtern, ob Art. 92 erster Halbs. GG wenigstens ein Vorverfahren vor dem Rechtspfleger zuläßt.

Überspitzt hat Habscheid diese Problematik einmal folgendermaßen formuliert:"Der Rechtspfleger ist Richter, weil er es sein muß. Wäre er es nicht, so wäre seine Tätigkeit, die ihm bereits heute vom Rechtspflegergesetz zugewiesen ist, verfassungsrechtlich unzulässig." [1)]

---

1) Habscheid, Der Rechtspfleger in der Gerichtsorganisation Rpfleger 68, 237 (242).

3. Abschnitt: Die Rechtsverbindlichkeit des Art. 92 erster Halbs. GG

Die Rechtsverbindlichkeit des Art. 92 erster Halbs. GG ist bis heute umstritten. [1] Da diese Vorschrift im deutschen Verfassungsrecht ein Novum darstellt, [2] vgl. Art. 102 ff. WRV, lassen sich historische Auslegungskriterien aus der Weimarer Reichsverfassung nicht entnehmen; die Auslegung kann nur vom Grundgesetz ausgehen.

I. Grundgesetzliche Auslegungskriterien, die für einen Programmsatz sprechen könnten

Zunächst könnte für das Vorliegen eines Programmsatzes die Tatsache sprechen, daß Art. 92 erster Halbs. GG lediglich Art. 20 II 2 GG hinsichtlich der dritten Gewalt konkretisiert. [3] Daraus könnte gefolgert werden, daß Art. 92 GG selbst keine materielle Aussage enthält, sondern bezüglich der rechtsprechenden Gewalt einen programmatischen Organisationsgrundsatz aufstellt. Dafür könnte auch die unmittelbar folgende Aufzählung der Gerichte sprechen. Als zwingend kann diese Folgerung jedoch nicht angesehen werden, daher sind weitere Auslegungskriterien zu berücksichtigen.
Art. 92 GG geht dem Wortlaut nach von einer präzisen Abgrenzung der rechtsprechenden Gewalt aus und vertraut diese dem Richter an. Diese Abgrenzung scheint auf der Gewaltenteilungslehre Montesquieus

---

1) Programmsatz: Bauerle, Notwendigkeit u. Rechtsstaatlichk. des Verwaltungssteuerstrafverfahrens in BB 1957, 707 (708); Haver, Ist die Strafgew. des Finanzamts mit dem GG u. der Menschenrechtskonv. vereinbar ? in NJW 1957, 88 (89); Jahrreis, Rechtspflege im Bonner GG in 37. DJT S. 34; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, ZPO-Kommentar (18) vor § 1 Anm. II 3 m.w.N. in Fußn. 10d; v. Turegg, Gerichte in NJW 53, 1201 (1201/1202).
Rechtsnorm: BGHZ 14, 294 (296); VGH Freiburg NJW 52, 317 (318); Dernedde, Die Rechtspfl. im GG in ZJBl 49, 101 (102); Dütz, Rechtsstaatl. Gerichtsschutz S. 85; Friesenhahn, Der Rechtssch. im öffentl. Recht nach dem GG in DV 49, 478; Hamann-Lenz, GG-Kommentar (3) Art. 92 A 1; Kleinrahm, Justizreform und GG in Rpfleger 52, 2 (4) m.w.N. in Fußn. 14; Lotze, Unterwerfungsverf. u. Strafbesch. der Finanzämter in NJW 56, 1540 (1541); v.Mangoldt, GG-Kommentar Art. 92 Anm. 3.

2) Bender, Verfassungsm. des Verw.-Steuerstrafverfahrens S. 17.

3) Maunz-Dürig-Herzog Art. 92 Rdnr. 2.

zu basieren, die eine scharfe Trennung der puissance legislative, puissance exécutrice und der puissance de juger postuliert. [1)]

Während Montesquieu auf diese Weise eine echte Aufspaltung und Verteilung der Staatsgewalt erstrebte, geht das Grundgesetz von der Unteilbarkeit der Staatsgewalt aus, die in Art. 20 II GG zum Ausdruck kommt. Dort heißt es in Satz 1: "Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus," in Satz 2 wird hinzugefügt: "sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt." Diese besonderen Organe üben folglich lediglich die einheitliche Staatsgewalt, deren Träger das Volk ist, in ihrem Funktionsbereich für das Volk aus, ohne selbst Gewaltträger zu sein. Die Bezeichnung dieser Funktionen als "Gewalten" ist somit streng genommen unrichtig. Wenn Art. 92 GG dennoch den Begriff "rechtsprechende Gewalt" enthält, so könnte daraus geschlossen werden, diese Vorschrift könne kein ius cogens enthalten.

Eine solche Auslegung ließe jedoch außer Acht, daß das Grundgesetz die Funktionen der einheitlichen Staatsgewalt sowohl vertikal als auch horizontal getrennt hat. Die vertikale Trennung ist vor allem in Art. 30 GG geregelt; danach ist die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben grundsätzlich Sache der Länder, soweit das Grundgesetz nicht ein anderes bestimmt. Andere Bestimmungen enthält es sehr zahlreich im Sinne einer Bundeszuständigkeit. Die horizontale Trennung ist in Art. 20 II 2 GG geregelt. In dieser Vorschrift hat das Grundgesetz die Funktionen "Gesetzgebung", "vollziehende Gewalt" und "Rechtsprechung" mit dem historischen Begriff "Gewalt" bezeichnet. Daher kann aus dieser Bezeichnung nicht geschlossen werden, diese Vorschrift sei nur ein Programmsatz.

Problematisch ist jedoch ferner, ob diese Funktionentrennung so präzise durchgeführt ist, daß von einer einheitlichen Funktion Rechtsprechung i.S.d. Art. 92 erster Halbs. GG gesprochen werden kann, die von den anderen Funktionen abgegrenzt ist.

---

1) Montesquieu, Esprit des lois Livre XI Chapitre VI p. 305

Das Grundgesetz enthält folgende Überschneidungen der Funktionen:[1)]

1) Im Rahmen des Art. 80 GG setzt die Exekutive (2. Funktion) Recht und nimmt somit Aufgaben der Legislative wahr, und zwar in beträchtlichem Umfang; so war in der 5. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages das Zahlenverhältnis Gesetz / Rechtsverordnung 453 / 1537.[2)]
2) Gem. Art. 82 GG ist der Bundesprädident, der der zweiten Funktion angehört, in das Gesetzgebungsverfahren eingeschaltet und wird dadurch im Aufgabenbereich der ersten Funktion tätig.
3) Die Regierung, das oberste Exekutivorgan, wird über die Wahl des Kanzlers, der die Minister ernennt, gem. Art. 63 GG durch die Legislative gewählt.
4) Gem. Art. 59 II GG muß die Legislative den dort genannten völkerrechtlichen Verträgen, die der Bundesprädident abschließt, zustimmen.
5) Die Wahl der Bundesrichter erfolgt durch den Richterwahlausschuß, dessen Mitglieder kraft Amtes die Landesminister sind, in deren Geschäftsbereich die diesen obersten Gerichtshöfen im Instanzenzug untergeordneten Gerichte des Landes gehören, vgl. § 3 I Richterwahlgesetz;[3)] die Mitglieder kraft Wahl beruft gem. § 5 I Richterwahlgesetz der Bundestag nach den Regeln der Verhältniswahl.

Diese Überschneidungen könnten dafür sprechen, daß die in Art. 92 GG dem Wortlaut nach vorausgesetzte Funktionentrennung nicht soweit durchgeführt ist, daß eine genau abgegrenzte Rechtsprechungsfunktion besteht.

Ein weiteres Argument für die Auslegung als Programmsatz ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des Art. 92 GG. Erst in der 50. Sitzung des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates regte der

---

1) BVerfGE 3, 225 (247); 4, 331 (346/347); 7, 183 (188); BGHZ 11 Anhang S. 50; BVerwGE 1, 163 (164); 4, 191 (194/195); 5, 69 (71/72); BVerwG DVBl 59, 741; Dütz, Rechtsstaatl. Gerichtssch. S. 81; Klein, Rechtsgutachten über die Zul. des Verw.-Steuerstrafverf. S. 16; Leonhard, Die Gewaltenteilung in der BRD in Rpfleger 72, 277; Maunz-Dürig-Herzog, GG-Kommentar Art. 20 Rdnr. 79 m.w.N. in Fußn. 1.

2) Statistisches Jahrbuch für die BRD 1972 S. 117.

3) 25. August 1950 BGBl I S. 358 in der Fassung vom 30 Juli 1968 BGBl I S. 873.

Abgeordnete Dr. Strauß (CDU) an, die bisherige Fassung, "die rechtsprechende Gewalt wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch das Oberste Bundesgericht, durch die in diesem Gesetz vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt," zu ändern. [1] Sein Änderungsvorschlag entspricht der heutigen Fassung des Gesetzes: "Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut." Die Begründung dieser Änderung, die Gerichte seien nur die Instanzen, durch die die Richter Recht sprächen, das komme aber plastischer heraus, wenn die nunmehr vorgeschlagene Fassung gewählt werde und mache auch einen wirksameren Eindruck, [2] läßt kaum vermuten, daß sich der Parlamentarische Rat der weitgehenden rechtlichen Konsequenzen der jetzigen Fassung bewußt war und verbindliche Schranken für den Gesetzgeber errichten wollte. Es sprechen also gewichtige Argumente dafür, daß Art. 92 GG lediglich Programmsatz ist.

II. Grundgesetzliche Auslegungskriterien, die auf das Vorliegen einer Rechtsnorm hindeuten

Die unter I aus den dort dargestellten Überschneidungen der Funktionen hergeleiteten Bedenken gegen die Rechtssatzqualität des Art. 92 erster Halbs. GG sind jedoch dann von geringer Aussagekraft, wenn die Rechtsprechung innerhalb der Funktionen eine Sonderstellung einnimmt. Eine solche Sonderstellung der Rechtsprechung könnte in der Abgrenzung gegenüber der Legislative und der Exekutive gesehen werden, die die materielle Rechtskraft von Akten der Rechtsprechung schafft. [3]
Legislativakte können durch das Bundesverfassungsgericht mit der Folge aufgehoben werden, daß die Entscheidung Gesetzeskraft hat,

---

1) Stenografischer Bericht des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates 37. Sitzung S. 461.

2) Stenografischer Bericht des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates 50. Sitzung S. 665.

3) BVerfGE 7, 183 (188); BVerwG NJW 59, 1507 (1508); Brüggemann, Rechtsprechende Gewalt S. 1; Leonhard, Gewaltenteilung in der BRD in Rpfleger 72, 277 (279); Nawiasky, Grundgedanken S. 46; Ule, Grundgesetz und Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 15.

vgl. § 13 Nr. 6 i.V.m. § 31 II 1 BVerfGG. [1]
Exekutivakte können durch die Verwaltungsgerichte nach Maßgabe der Verwaltungsgerichtsordnung [2] überprüft und gegebenenfalls aufgehoben werden, vgl. insbesondere § 113 VwGO; außerdem ist über die Generalklausel des Art. 19 IV GG jeder Akt öffentlicher Gewalt justiziabel und damit im Falle der Rechtswidrigkeit gerichtlich aufhebbar. Demgegenüber entziehen sich materiell rechtskräftige Akte der Rechtsprechung der Aufhebung durch Legislative und Exekutive.
Jede Rechtsnorm läßt die bei ihrem Inkrafttreten bereits rechtskräftig gewordenen Entscheidungen unberührt. Auf diese Weise ist dem Gesetzgeber jede Möglichkeit genommen, die Rechtskraft anzutasten.
Da die Judikative die Exekutive kontrolliert, vgl. Art. 19 IV GG, ist letztere an die rechtskräftige Entscheidung der Judikative gebunden. Auch das Begnadigungsrecht steht dieser Bindung nicht entgegen. Seine Funktion besteht lediglich darin, im Einzelfalle die Rechtsfolge der rechtskräftigen Entscheidung gnadenhalber zu mildern oder zu erlassen, vgl. das Gnadenrecht des Bundespräsidenten nach Art. 60 II GG; die Rechtskraft bleibt dagegen unangetastet. Das Bestehenbleiben der Rechtskraft trotz Begnadigung kommt z.B. im Strafrecht im Rahmen des § 48 StGB [3] zum Ausdruck. Nach dieser Vorschrift liegt ein die Strafe erhöhender Rückfall vor, wenn jemand schon mindestens zweimal im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes wegen einer vorsätzlichen Straftat zu Strafe verurteilt worden ist und nun erneut eine mit Freiheitsstrafe bedrohte vorsätzliche Straftat begeht, sofern die weiteren subjektiven Voraussetzungen vorliegen. Eine etwaige Begnadigung wegen einer oder beider Vorstrafen vermag an der Begründung des Rückfalls nichts zu ändern.
Die einzige Möglichkeit der Überwindung der Rechtskraft ist die

---

1) In der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Februar 1971 BGBl I S. 105.

2) 21. Januar 1960 BGBl I S. 17 in der Fassung vom 25. Juni 1969 BGBl I S. 645.

3) Allgemeiner Teil des StGB in der Fassung des Zweiten Gesetzes zur Reform des Strafrechts vom 4. Juli 1969 BGBl I 717.

Wiederaufnahme des Verfahrens durch die Judikative selbst.
Somit ist zusammenfassend festzustellen, daß die Rechtsprechung mittels der materiellen Rechtskraft und, soweit ihre Akte dieser Rechtskraftwirkung nicht fähig sind, durch das Verbot der Änderung oder Aufhebung durch Organe der ersten und zweiten Funktion gegenüber diesen beiden Funktionen dergestalt abgegrenzt ist, daß sie einen festen Funktionsbereich im Sinne des Art. 92 erster Halbs. GG hat, der den Richtern anvertraut ist.
Da diese Sonderstellung von Judikativakten eine Rechtsfolge der Zuordnung der jeweiligen Entscheidung zur rechtsprechenden Gewalt darstellt, jedoch über die Kriterien der Zuordnung zu ihr nichts aussagt, können aus ihr keine Schlußfolgerungen für die Definition der Rechtsprechung gezogen werden.
Ferner stellt Art. 92 erster Halbs. GG eine Konkretisierung des Art. 20 II 2 GG hinsichtlich der Rechtsprechung dar, vgl. Seite 16. Aufgrund dieser Funktion wird er von der Ewigkeitsklausel des Art. 79 III GG erfaßt, d.h., Art. 92 GG kann nicht einmal durch verfassungsänderndes Gesetz geändert oder aufgehoben werden, soweit diese Änderung oder Aufhebung gegen das Prinzip der Funktionentrennung des Art. 20 II 2 GG verstößt. Wäre Art. 92 erster Halbs. GG dagegen nur Programmsatz, hätte diese starke Absicherung keinen verfassungsrechtlichen Wert.
Außerdem ist die Rechtsprechung im Grundgesetz als zentrale Kontrollinstanz ausgestaltet. [1] Diese Ausgestaltung findet insbesondere in der Generalklausel des Art. 19 IV GG Ausdruck, darüber hinaus in zahlreichen grundgesetzlichen Einzelzuweisungen, vgl. Art. 13 II, 14 III 4; 15 Satz 2; 18; 21 II; 34 Satz 3; 41 II; 61; 93; 95; 96; 96a; 98; 100; 104 II u. III; 126; 132 III GG. [2] Der hierdurch der Rechtsprechung zukommenden Bedeutung würde eine Auslegung des Art. 92 erster Halbs. GG als Programmsatz in keiner Weise gerecht.
Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, daß der Grundgesetzgeber das Fundament rechtsstaatlicher Kontrolle in Gestalt der Rechtsprechung auf dem sandigen Untergrund eines Programmsatzes errichten wollte.
Art. 92 erster Halbs. GG ist folglich verbindlicher Rechtssatz.

---

1) Vgl. Brüggemann, Rechtsprechende Gewalt S. 188.
2) BVerfGE 22, 49 (75).

Damit wäre eine Zuweisung echter Streitsachen an den Rechtspfleger, soweit sie im Widerspruch zu Art. 92 erster Halbs. GG stünde, verfassungswidrig.

4. Abschnitt: Die Art des Begriffes der rechtsprechenden Gewalt in Art. 92 erster Halbs. GG

Weiterhin können sich nur dann aus Art. 92 erster Halbs. GG verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Zuweisung echter Streitsachen an der Rechtspfleger ergeben, wenn der Begriff und damit der Funktionsbereich der rechtsprechenden Gewalt durch das Grundgesetz festgelegt, d.h., verfassungsimmanent ist. Andernfalls stellte Art. 92 erster Halbs. GG eine Blankettnorm dar, die der einfache Gesetzgeber durch Zuweisungen an die Richter ausfüllen könnte; der Rechtsprechungscharakter hinge dann im Einzelfall davon ab, ob eine Zuweisung an die Richter besteht oder nicht. Die Zuweisung von Streitsachen an den Rechtspfleger könnte in diesem Falle selbst dann nicht mit Art. 92 erster Halbs. GG kollidieren, wenn der Rechtspfleger nicht als Richter im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden könnte. Dann stellte die echte Streitentscheidung aufgrund der Zuweisung an ein nichtrichterliches Organ eben keine rechtsprechende Gewalt dar.
Die Frage der Verfassungsimmanenz des Rechtsprechungsbegriffes ist bis heute umstritten. Nach der Mindermeinung ist Art. 92 GG Blankettgesetz, so daß sich der Rechtsprechungsbegriff aus der Zuweisung durch einfaches Gesetz ergibt, also formeller Art ist. [1)]
Die h.L. dagegen ist der Auffassung, der Rechtsprechungsbegriff

---

1) BVerwGE 4, 191 (194); Haas, Landesrecht vor Bundesgerichten DVBl 57, 368; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, ZPO-Kommentar (18) vor § 1 Anm. II 3 m.w.N. in Fußnote 10 d.

ergebe sich aus dem Grundgesetz. [1] Da das Grundgesetz expressis verbis keine Definition der rechtsprechenden Gewalt enthält, kann die Streitfrage nur im Wege der Auslegung entschieden werden.

Aufgrund der Tatsache, daß das Grundgesetz weitgehend auf den mit der Weimarer Reichsverfassung [2] gemachten Erfahrungen basiert, sogar Bestimmungen der Weimarer Reichsverfassung übernommen hat, vgl. Art. 140 GG bezüglich der Übernahme der Art. 136-139 und 141 WRV, ist zunächst zu überprüfen, welchen Rechtsprechungsbegriff die Weimarer Reichsverfassung enthielt, ferner, ob dieser Begriff unverändert oder modifiziert Eingang ins Grundgesetz gefunden hat.

Die Art des Rechtsprechungsbegriffs der Weimarer Reichsverfassung war ebenfalls umstritten. Während die h.M. von einem formellen Rechtsprechungsbegriff ausging, [3] vertrat die Mindermeinung die Auffassung, dieser Begriff sei der Verfassung immanent. [4] Dieser Streit resultierte daraus, daß die Weimarer

---

1) BVerfGE 22, 49 (75/76); BVerfG NJW 67, 1219; BVerwG JZ 58, 625 (626); Arndt, Festschrift C. Schmidt S. 9; Bachof, Zum grundsätzl. Verh. von Justiz- u. Verwaltungsgerichtsb. in ZZP 65, 2 (4); Bender, Verfassungsm. des Verwaltungssteuerstrafverf. S. 17; Bettermann, Das Gerichtsverfassungsrecht in der Rspr. des BVerfG in AöR 92, 496; Gericht oder Verwaltungsbehörde, Rspr. oder Verwaltung DÖV 59, 761 (763); Dernedde, Die Rechtspfl. im GG ZJBl im GG ZJBl 49, 101 (102); Friesenhahn, Der Rechtssch. im öffentl. Recht nach dem Bonner GG in DV 1949, 478 ff.; Gaul, Zur Struktur der Zwangsvollstr. in Rpfleger 71,41 (43); Habscheid, Der Rechtspfleger in der Gerichtsorganisation Rpfleger 68, 237 (239); Holtkotten in BK Art. 92 II 1b; Kapust, Nochmals zum Begriff der Rechtsprechung in DRiZ 55,36 (36/37); Die Rechtsstellung der Seeämter u. des Bundesoberseeamtes Jur. Diss. Kiel 1954 S. 58; Leibholz-Rinck, GG-Kommentar (4) vor Art. 92-104 S. 672; Leonhard, Die Gewaltenteilung in der BRD in Rpfleger 72, 277 (282); Mattern, Verwaltungs- und gerichtl. Steuerstrafverf. in ZStW 67, 361.

2) 11. August 1919 RGBl I 1383.

3) BVerfGE 22, 49 (73/74); RGZ 111,119;Anschütz, Art. 103 WRV Anm.1; Böttticher, Inwieweit sich. die Art. 102 ff. WRV die Unabh. des Richters u. den Rechtsw.? in ZZP 51, 201 (215); Dernedde, Die Rechtspfl. im GG in ZJBl 49, 101 (102); Gebhard, Handkommentar zur WRV Vorbem. zu Art. 102-108; Giese, Kommentar zur WRV (8) Art. 103, 2a; Knoll, Die besonderen Gerichte in DÖV 54, 263 (268); Triepel, Reichsaufsicht S. 137.

4) Arndt, Richter, Gericht u. Rechtsweg in der Reichsverf. AöR 60, 183 (184, 216); Kaufmann, Untersuchungsaussch. u. Staatsgerichtshof S. 59; Kern, HdbDStR II S. 475.

Reichsverfassung im 7. Abschnitt über die Rechtspflege den Begriff der Rechtsprechung nicht einmal verwandte, geschweige denn definierte. Sie enthielt jedoch den Begriff "Richter." Je nachdem, ob dieser Begriff formell oder verfassungsimmanent ausgelegt wurde, wurde daraus auf einen formellen oder materiellen Rechtsprechungsbegriff geschlossen.
Während die Mindermeinung argumentierte, ein formeller Rechtsprechungsbegriff raube dem 7. Abschnitt jeglichen verfassungsrechtlichen Wert, [1] behauptete die h.L., der Begriff "Richter" sei mit dem Begriff "Gericht" gleichzusetzen; ihm fehle jegliche Beziehung zu einem verfassungsimmanenten Begriff der Rechtsprechung. Ferner berief sich diese Auffassung auf die Entstehungsgeschichte der Art. 102 ff. WRV.
Für die Richtigkeit der letzteren Ansicht spricht, daß der gesamte Abschnitt über die Rechtspflege, abgesehen vom Grundsatz der sachlichen Unabhängigkeit der Richter gem. Art. 102 WRV, der persönlichen Unabhängigkeit der Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit gem. Art. 104 I WRV und dem Recht auf den gesetzlichen Richter, lediglich justizorganisatorische Bestimmungen enthält. Außerdem waren die Kontrollbefugnisse des Reichspräsidenten insbesondere durch Art. 48 WRV dergestalt ausgebaut, daß der Reichspräsident als zentrale Kontrollinstanz angesehen werden mußte. [2] Demgegenüber kam der Rechtsprechung im Vergleich zum Grundgesetz eine verhältnismäßig geringe Bedeutung zu.
Aus diesen Gründen ist davon auszugehen, daß die Weimarer Reichsverfassung einen formellen Begriff der Rechtsprechung enthielt.

Da der Grundgesetzgeber in Art. 92 GG die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut, ohne zu definieren, was er unter rechtsprechender Gewalt verstanden wissen will, könnte er den vorstehend festgestellten Rechtsprechungsbegriff der Weimarer Reichsverfassung vorausgesetzt haben.
Dagegen ist jedoch einzuwenden, daß dem Grundgesetzgeber der Streit um die Art des Rechtsprechungsbegriffes der Weimarer Reichsverfassung bekannt war.
Hätte er dennoch diesen Begriff im Grundgesetz vorausgesetzt, so

---

1) Arndt, Richter, Gericht u. Rechtsw. in der Reichsverf. AöR 60,184.
2) Vgl. Brüggemann, Rechtsprechende Gewalt S. 188.

hätte er bewußt die mit diesem Begriff verbundene Unklarheit übernommen, und zwar hinsichtlich einer Funktion, die er abweichend von der Weimarer Reichsverfassung als zentrale Kontrollinstanz des gesamten Rechtsstaates ausgestaltet hat. Die Fehlerhaftigkeit einer solchen Unterstellung wird ferner dadurch sichtbar, daß der Parlamentarische Rat in seinen Beratungen hinsichtlich der Art des Begriffes "rechtsprechende Gewalt" keinen Bezug zur Weimarer Reichsverfassung aufgezeigt hat. Eine historische Auslegung unter Berücksichtigung der Weimarer Reichsverfassung muß daher außer Betracht bleiben; ausschließlicher Auslegungsmaßstab kann nur das Grundgesetz selbst sein.

Erstes Auslegungskriterium ist der Wortlaut des ersten Halbsatzes des Art. 92 GG. Ginge die Aussage, "die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut," von einem formellen Rechtsprechungsbegriff aus, so besagte sie unter Einbeziehung dieses Begriffes, "die Entscheidungen, die der einfache Gesetzgeber den Richtern anvertraut, werden den Richtern anvertraut." Eine solche Aussage stellte jedoch eine Tautologie dar, [1] die jeglichen verfassungsrechtlichen Wertes entbehrte. Aufgrund der Sorgfalt, die der Parlamentarische Rat eingedenk der Willkür des Dritten Reiches gerade der Rechtsprechung gewidmet hat, kann ihm ein solcher Fehler nicht unterstellt werden.

Ferner führt die teleologische Auslegung des ersten Halbsatzes des Art. 92 GG von der im 3. Abschnitt bereits dargestellten Ausgestaltung der Rechtsprechung als zentrale Kontrollinstanz ausgehend, zur Verneinung eines formellen Rechtsprechungsbegriffes. [2] Wäre es dem einfachen Gesetzgeber gestattet, den Funktionsbereich der "rechtsprechenden Gewalt" festzulegen, so könnte er die Kontrollkompetenz sich selbst vorbehalten oder der von ihm über Art. 63 GG abhängigen Exekutive zuweisen. Diese Zuweisungen schieden damit aus dem Funktionsbereich der Rechtsprechung aus, so daß eine Kollision

---

1) Vgl. Arndt, Carlo-Schmidt-Festgabe S. 9; Bachof, Zum grundsätzl. Verhältn. von Justiz- u. Verwaltungsgerichtsbark. in ZZP 65, 2 (4); Bettermann, Das Gerichtsverfassungsr. in der Rspr. des BVerfG AöR 92, 496 (497); Dütz, Rechtsstaatl. Gerichtsschutz S. 89; Ule, Anm. zu BVerwG JZ 58, 625 in JZ 58, 628; Verfassungsrecht u. Verwaltungsprozeßr. in DVBl 59, 537.

2) So auch BVerfG NJW 67, 1219.

mit Art. 92 erster Halbs. GG nicht einträte. Da diese Vorschrift Art. 20 II 2 GG hinsichtlich der Rechtsprechung konkretisiert, läge auch kein Verstoß gegen das Prinzip der Funktionentrennung innerhalb dieser zu Art. 92 erster Halbs. GG allgemeineren Vorschrift vor. Mit dem Ausscheiden aus dem Funktionsbereich der Rechtsprechung wäre gleichzeitig der Verlust der Unabhängigkeitsgarantie nach Art. 97 GG verbunden. Auf diese Weise könnte die rechtssatzmäßige Absicherung der rechtsprechenden Gewalt als zentrale Kontrollinstanz außerhalb der grundgesetzlichen Zuweisungen an die Rechtsprechung vollständig ausgehöhlt werden.
Gerade diese teleologische Auslegung führt folglich zu einem dem Grundgesetz immanenten Begriff der rechtsprechenden Gewalt, d.h., dem einfachen Gesetzgeber ist die Festlegung des Bereiches der Rechtsprechung versagt. Dieser Bereich ist vielmehr grundgesetzlich festgelegt.

5. Abschnitt: Der Funktionsbereich der rechtsprechenden Gewalt unter besonderer Berücksichtigung der echten Streitentscheidung

Die Bestimmung dieses grundgesetzlich festgelegten Funktionsbereiches der rechtsprechenden Gewalt hat durch die Abgrenzung von den Funktionsbereichen der Legislative und der Exekutive zu erfolgen. Dabei ist insbesondere zu untersuchen, ob die echte Streitentscheidung Bestandteil der Rechtsprechung ist.
Da sich die Legislative verhältnismäßig leicht definieren läßt, ist ihr Funktionsbereich zunächst darzustellen.

A. Der Funktionsbereich der Legislative

Nach einer Auffassung des Schrifttums besteht die Funktion der Legislative in der Rechtssetzung, während Exekutive und Judikative Rechtsanwendung darstellen. [1] Diese Ansicht läßt die Rechtssetzung der Exekutive im Rahmen des Art. 80 GG sowie die durch Satzung außer Betracht, der vom Umfang her gesehen ein beträchtlicher Anteil am gesamten Aufgabenbereich der Exekutive zukommt. [2] Aus diesem Grunde kann die Legislative nicht gegenüber Exekutive und Judikative en bloc, sondern nur gegenüber jeder dieser Funktionen einzeln abgegrenzt werden.

I. Die Abgrenzung von Legislative und Exekutive

"Die Legislative regelt entweder eine unbestimmte Vielzahl von Fällen für eine unbestimmte Vielzahl von Personen, indem sie eine Regel setzt, die alle gleichliegenden Fälle erfaßt und die für alle daran beteiligten Personen gleichermaßen verbindlich ist - oder sie regelt den Einzelfall einer oder mehrerer individuell bestimmter Personen." [3] Die Regel, die sie dabei aufstellt, ist in jedem Falle ein formelles Gesetz, d.h., eine Rechtsnorm, die im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach Art. 76 ff. i.V.m. Art. 82 GG zustandekommt, oder unter den Voraussetzungen des Art. 81 GG im Gesetzgebungsnotstand. Dagegen ist die Anwendung dieser Gesetze nicht Auf-

---

1) Vgl. Bettermann, Evangelisches Staatslexikon 1966 Spalte 1712; Maunz-Dürig-Herzog, GG-Kommentar Art. 92 Rdnr. 23.

2) Vgl. auch Seite 3

3) Bettermann a.a.O. Spalte 1712.

gabe der Legislative.
Der Funktionsbereich der Exekutive umfaßt die Rechtssetzung im Rahmen des Art. 80 GG, durch Satzung, sowie die Anwendung der formellen Gesetze und untergesetzlichen Rechtsnormen auf den Einzelfall. Die Rechtssetzung durch untergesetzliche Normen unterscheidet sich von der der Legislative dadurch, daß sie nur aufgrund gesetzlicher Ermächtigung durch die Legislative erfolgen kann, wobei die Ermächtigungsadressaten (bei Rechtsverordnungen nur die in Art. 80 GG genannten Exekutivadressaten) selbst die betreffende untergesetzliche Rechtsnorm ohne Einhaltung des Gesetzgebungsverfahrens nach Art. 76 ff. i.V.m. Art. 82 GG erlassen können. Die Bekanntmachung von Rechtsverordnungen erfolgt nach Art. 82 I 2 GG.

II. Die Abgrenzung von Legislative und Judikative

Die Judikative unterscheidet sich von der Legislative dadurch, daß sie die Gesetze der Legislative und die untergesetzlichen Normen der Exekutive auf den Einzelfall anwendet, indem sie den Sachverhalt ermittelt, die anzuwendende Rechtsnorm interpretiert, den festgestellten Sachverhalt unter diese subsumiert und schließlich durch Ausspruch der Rechtsfolge erkennt, was im Einzelfall Rechtens ist;[1] setzt aber selbst keine Rechtsnormen. Dabei kann sie im Einzelfall feststellen, daß die anzuwendende Rechtsnorm verfassungswidrig ist. Eine solche Rechtsanwendung auf den Einzelfall stellt auch die abstrakte Normenkontrolle als Anwendung höherrangigen Rechts auf die konkrete niederrangige Norm dar.[2] Die Auswirkung dieser Rechtsanwendung auf eine unbestimmte Vielzahl von Fällen ist nur mittelbar. Aus diesem Grunde kann der abweichenden Meinung, die abstrakte Normenkontrolle stelle keine Rechtsanwendung auf den Einzelfall dar,[3] nicht gefolgt werden.
Hinsichtlich vorkonstitutionellen Rechts kann die Feststellung der Verfassungswidrigkeit das erkennende Gericht,[4] bezüglich nach-

---

1) Bettermann, Evangelisches Staatslexikon 1966 Spalte 1712.
2) Maunz-Sigloch, BVerfGG-Kommentar § 31 Rdnr. 8.
3) Bettermann, Das Gerichtsverfassungsrecht in der Rspr. des BVerfG in AöR 92, 496 (505).
4) Vgl. Seite 5

konstitutionellen Rechts nur auf Vorlage nach Art. 100 GG das zuständige Verfassungsgericht, gegebenenfalls das Bundesverfassungsgericht treffen. Obwohl die entsprechende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nach § 31 II BVerfGG Gesetzeskraft hat und im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen ist, stellt sie insofern keine Rechtssetzung dar, als sie nur die Verfassungswidrigkeit feststellt, nicht aber an die Stelle der verfassungswidrigen Norm eine verfassungskonforme Norm zu setzen vermag.
Ebenfalls stellt die richterliche Rechtsschöpfung, die bei Sachverhalten eingreift, denen keine Rechtsnorm gegenübersteht, keine Rechtssetzung dar. Die richterliche Rechtsschöpfung gilt, da die richterliche Entscheidung kein Präjudiz für weitere Fälle darstellt, nur für den entschiedenen Einzelfall, ist also als abstrakt-generelle Regelung, wie das formelle Gesetz, nicht denkbar, ferner erfolgt sie selbstverständlich nicht im Verfahren nach Art. 76 ff. GG.
Zusammenfassend kann insoweit festgestellt werden:
Die Legislative entscheidet sich von der Exekutive dadurch, daß sie formelle Gesetze erläßt, während die untergesetzlichen Rechtsnormen von der Exekutive erlassen und von ihr neben den formellen Gesetzen angewendet werden.
Der Unterschied der Legislative zur Judikative besteht darin, daß die Judikative keine Rechtsnormen erläßt, sondern diese nur auf den Einzelfall anwendet, sowie im Falle der Lücke im Recht im Einzelfall Recht schöpft.

B. Die Abgrenzung der rechtsprechenden Gewalt von der Exekutive

Nach der Ermittlung des Funktionsbereiches der Legislative sind nunmehr die Funktionsbereiche von Exekutive und Judikative voneinander abzugrenzen.

I. Die Abgrenzungsmethodik

Da, wie unter A nachgewiesen worden ist, die Rechtsanwendung auf den Einzelfall sowohl einen wesentlichen Teil der Exekutivaufgaben als auch - abgesehen von der richterlichen Rechtsschöpfung im Falle der Normlücke - den ausschließlichen Funktionsbereich der Judikative ausmacht, ist die Abgrenzungsfrage dahin zu stellen, welcher Unterschied in der Art der Rechtsanwendung durch beide Funktionen besteht.

Sowohl die Rechtsprechung als auch das wissenschaftliche Schrifttum versuchen zunächst, die Art der Rechtsanwendung durch die Judikative festzustellen, und folgern sodann, der danach verbleibende Teil der Rechtsanwendung gehöre dem Funktionsbereich der Exekutive an.
Diese Reihenfolge der Abgrenzung ist im Hinblick auf Art. 92 erster Halbs. GG sinnvoll. Durch diese Vorschrift werden die Aufgaben, die rechtsprechende Gewalt im Sinne des Grundgesetzes darstellen, rechtsverbindlich den Richtern zugewiesen. Deshalb ist zunächst dieser Bereich abzugrenzen. Nur die Rechtsanwendung außerhalb dieses Bereiches kann Bestandteil der Exekutive sein.

II. Umfang und Bedeutung des Theorienstreites

Die Wesensmerkmale judikativer Rechtsanwendung sind in Rechtsprechung und Schrifttum derart umstritten, daß nahezu ein Begriffschaos herrscht. [1)]
Dennoch muß aufgrund der rechtsverbindlichen Zuweisung der rechtsprechenden Gewalt an die Richter und der Ausgestaltung dieser Gewalt als zentrale Kontrollinstanz versucht werden, geeignete Unterscheidungskriterien zu finden. Dabei ist zunächst zu untersuchen, inwieweit die in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen Theorien solche Kriterien enthalten.

III. Theorien über die Wesensmerkmale der rechtsprechenden Gewalt

1. Theorie: Differenzierung nach privat- und strafrechtlichen Interessen einerseits und öffentlich-rechtlichen Interessen andererseits

Nach einer älteren Auffassung im Schrifttum erstreckt sich die judikative Rechtsanwendung auf den Schutz privat- und strafrechtlicher Interessen. [2)] Diese Ansicht scheitert bereits an der Subsidiarität des ordentlichen Rechtsweges im Falle der Verletzung der Rechte des Bürgers durch die öffentliche Gewalt gem. Art. 19 IV 2 GG. Ferner ist für die in § 40 II VwGO genannten öffentlich-rechtlichen Ansprüche der ordentliche Rechtsweg begründet. Damit

---

1) So auch Gaul, Zur Struktur der Zwangsvollstreckung in Rpfleger 71, 41 (43).
2) Vgl. Mattern, Steuerstrafgerichtsbarkeit in StW 50, 351 (357).

steht diese Theorie in Widerspruch zum geltenden Recht und wird heute nicht mehr vertreten.

2. Theorie: Judikative als Rechtsbindung - Exekutive als freies Ermessen

Eine andere Ansicht sieht das Unterscheidungskriterium für Judikative und Exekutive darin, daß die erste in Bindung an das Gesetz, die letztere nach freiem, durch das Gemeininteresse bestimmten Ermessen tätig werde. [1]
Diese Theorie wird durch Art. 20 III GG widerlegt, der die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung an Gesetz und Recht bindet. Es trifft zu, daß innerhalb dieser Bindung für die Verwaltung, die in der Regel in eigener Initiative handelt, häufig ein weitaus größeres Maß der Freiheit des Ermessens besteht als für die auf Antrag tätig werdende Rechtsprechung. [2]
Diese Tatsache ist jedoch als Unterscheidungsmerkmal viel zu unbestimmt.

3. Theorie: Rechtsprechung als Selbstzweck - Verwaltung als Mittel zum Zweck

Eine weitere Lehre erblickt das Unterscheidungsmerkmal darin, daß die Anwendung des Rechts bei der Rechtsprechung Selbstzweck, bei der Verwaltung dagegen nur Mittel zum Zweck (und zwar zum Zweck der Förderung des Gemeinwohls) sei. [3]
Abgesehen davon, daß auch die Erhaltung der Rechtsordnung der Förderung des Gemeinwohls dient, also nicht Selbstzweck ist, dieses Abgrenzungskriterium folglich sehr fragwürdig ist, enthält es eine psychologische Feststellung. Diese stellt auf die innere Einstellung dessen, der das Gesetz anwendet, zu eben diesem Gesetz ab; ein nach außen hin erkennbares Unterscheidungsmerkmal ist dieser Theorie dagegen nicht zu entnehmen.

---

1) Vgl. Mattern, Steuerstrafgerichtsbarkeit in StW 50, 351 (357 m.w.N. in Fußn. 15.
2) So auch Mattern a.a.O. S. 357.
3) Vertreter vgl. Mattern a.a.O. S. 357 Fußn. 15.

4. Theorie: Logische Subsumtion in der Rechtsprechung und Handeln mit Richtung auf einen gewollten Erfolg in der Verwaltung

Diese von Laband begründete Theorie [1] grenzt Rechtsprechung und Verwaltung wie folgt ab: Überall, wo eine Entscheidung im Wege einer reinen logischen Subsumtion eines konkreten Tatbestandes unter das geltende Recht in Betracht komme, liege Rechtsprechung im materiellen Sinne vor; die Verwaltung im materiellen Sinne dagegen handle mit Richtung auf einen gewollten Erfolg. [2] Gegen das Argument, daß auch die Verwaltung reine logische Subsumtion eines konkreten Tatbestandes unter das geltende Recht vornehme, so z.B. bei zahlreichen Steuerbescheiden, wendet diese Lehre ein, der Verwaltungsakt verhalte sich zu der zu realisierenden gesetzlichen Anordnung nicht wie ein Schluß zu seiner Prämisse, sondern wie eine Handlung zu ihren Motiven. [3]
Damit stellt diese Auffassung, wie die vorstehende, gleichfalls auf die innere Einstellung dessen ab, der das Recht anwendet. Insofern gelten auch hier die bei der vorstehend genannten Ansicht geäußerten Bedenken.

5. Theorie: Rechtsprechung als verselbständigter Ausspruch einer staatlichen Behörde

Nach dieser Theorie ist Rechtsprechung der verselbständigte Ausspruch einer staatlichen Behörde darüber, was in Anwendung des geltenden Rechts auf einen Sachverhalt Rechtens ist. [4]

---

1) Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches Bd. 2 (5) S.178/179

2) Laband, a.a.O. S. 178.

3) Laband, a.a.O. S. 178/179.

4) Thoma, HdbDStR II § 71 S. 129; BVerfG 7, 183 (188); Enders, Die Unterwerfungsverh.im Verfassungs-u. Strafverfahrensr. FR 59, 6 (7) Flume, Steuerwesen u. Rechtsordn. Festschr. Smend S. 59 ff. (78 ff.); Giese-Schunck, GG-Kommentar Art. 92 Anm. II 1; Maunz, Dt. Staatsr. (17) § 29 I 3; Mayer, Dt. Verw.Recht (3) I S. 5/6; Messerer, Rspr.u.Richter DRiZ 54, 209 (210); Ridder DJT 40,93; Rosenberg, Lehrb. des Zivilprozeßr. (6) § 10 I 2; v. Turegg, Gerichte in NJW 53, 1201 (1202); V.Turegg-Kraus, Lehrbuch des Verwaltungsrechts (4) S. 316.

Ob diese Auffassung ein brauchbares Abgrenzungskriterium gegenüber der Rechtsanwendung durch die Exekutive enthält, ist anhand der Art der Rechtsanwendung durch diese Funktion zu überprüfen. Eine der wichtigsten Äußerungsformen exekutivischer Rechtsanwendung ist der Verwaltungsakt. Dieser ist der verselbständigte Ausspruch einer Verwaltungsbehörde auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zur Regelung eines Einzelfalles. [1] Die häufigste Äußerungsform administrativen Handelns läßt sich also ebenfalls unter die obige Definition subsumieren.
Ferner könnte gegen diese Auffassung eingewandt werden, sie gehe davon aus, daß Rechtsprechung von jeder staatlichen Behörde ausgeübt werden könne; sie verstoße damit gegen Art. 92 erster Halbs. GG, der die Rechtsprechung den Richtern anvertraue. Der Einwand läßt jedoch unberücksichtigt, daß diese Ansicht von einem verfassungsimmanenten Rechtsprechungsbegriff ausgeht. Deshalb vermag die Art der judizierenden Behörde keinen Einfluß darauf auszuüben, ob rechtsprechende Gewalt ausgeübt wird oder nicht; gerade deshalb verstößt zumindest die endgültige Ausübung rechtsprechender Gewalt durch nichtrichterliche Organe gegen Art. 92 erster Halbs. GG. Insoweit ist diese Auffassung daher nicht zu beanstanden. Da sie aber, wie vorstehend nachgewiesen, so weit gespannt ist, daß sie die administrative Rechtsanwendung mitumfaßt, [2] stellt sie keine brauchbare Abgrenzung zwischen judikativer und exekutiver Rechtsanwendung dar.
Neuerdings wird diese Theorie durch die verfassungsrechtliche Verankerung der Neutralität der judizierenden Behörde ergänzt. [3] Aufgrund der verfassungsrechtlichen Festlegung des Funktionsbereichs der rechtsprechenden Gewalt kann jedoch eine außerhalb dieses Funktionsbereiches liegende Behörde nicht schon dadurch zum Gericht werden, daß ihr grundgesetzlich Neutralität garantiert wird.

6. Theorie: Judikative als Rechtsanwendung schlechthin

Diese Theorie setzt Rechtsprechung und Rechtsanwendung schlechthin

---

1) Forsthoff, Lehrb. des Verw.Rechts (9) S. 118 ff.; Wolff, H.J., Verw. Recht I (7) S. 296 m.H. auf § 25 I VGVO.

2) Vgl. Messerer, Rspr. u. Richter DRiZ 54, 209 (210); Dütz, Rechtsstaatl. Gerichtssch. S. 90 m.H. in Fußn. 373.

3) Menger, System des verwaltungsgerichtl. Rechtsschutzes S. 50.

gleich. [1]
Wie bereits unter A zur Abgrenzung des Funktionsbereiches der Legislative ausgeführt worden ist, wendet auch die Exekutive das geltende Recht auf den Einzelfall an. Das Kriterium der Rechtsanwendung ist somit für die Abgrenzung des Funktionsbereiches der rechtsprechenden Gewalt ungeeignet.

7. Theorie: Judikative als Spruchinstanz

Gemäß dieser Auffassung hat die rechtsprechende Gewalt zum Inhalt, daß ein Gericht im Rahmen eines ihm unterbreiteten Sachverhaltes einen bestimmten Lebenstatbestand feststellt, den festgestellten Tatbestand unter Gesetz und Recht subsumiert und die sich danach aus diesem ergebenden Rechtsfolgen verbindlich ausspricht. [2]
Nach dieser Abgrenzungsmethode ist die Instanz, der gem. Art. 92 erster Halbs. GG die rechtsprechende Gewalt anvertraut ist, Bestandteil der Definition der rechtsprechenden Gewalt selbst.
Wie zur 5. Theorie bereits ausgeführt worden ist, hat aufgrund der Verfassungsimmanenz des Begriffes der rechtsprechenden Gewalt die Art der judizierenden Behörde keinen Einfluß darauf, ob rechtsprechende Gewalt ausgeübt wird. Insoweit ist diese Ansicht daher abzulehnen.
Nach Ausklammerung des Gerichts als judizierende Behörde aus dieser Definition verbleibt als Abgrenzungskriterium die Art der Rechtsanwendung in der Reihenfolge: Feststellung des Lebenstatbestandes, Subsumtion desselben unter Gesetz und Recht und der verbindliche Ausspruch der sich danach aus diesem Tatbestand ergebenden Rechtsfolge. Dieselbe Art der Rechtsanwendung nimmt die Exekutive in Gestalt des Verwaltungsaktes vor, vgl. insoweit die zur 5. Theorie geäußerten Bedenken. Daher ist auch der verbleibende Teil der Definition als Abgrenzungskriterium ungeeignet.

8. Theorie: Rechtsprechung als Verwirklichung der Rechtsordnung

Nach dieser Lehre ist Rechtsprechung jede Tätigkeit zur Wahrung oder Verwirklichung der Rechtsordnung. [3]

---

1) Kelsen, Allgemeine Staatslehre S. 231.
2) BGHZ 36, 379 (393); BGH DB 67, 161.
3) Merkl, Allg. VerwR S. 21 ff.; Süsterhenn-Schäfer, Kommentar der Verf. v. Rheinland-Pfalz Vorbem. 2 zu Art. 121 m.H. auf Zinn, Die Rechtsprechung in DÖV 49, 278.

Diese Auffassung ist soweit gespannt, daß sie nicht nur ungeeignet ist, die Rechtsanwendung durch die Exekutive von der durch die Judikative abzugrenzen, sondern darüber hinaus auch noch den Funktionsbereich der Legislative erfaßt, die gem. Art. 20 II GG an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden ist und damit ebenfalls der Wahrung und Verwirklichung der Rechtsordnung dient.

9. Theorie: Rechtsprechung als Streitentscheidung

Nach der zur Zeit wohl noch herrschenden Lehre im Schrifttum und einem Teil der Rechtsprechung ist das verfassungsimmanente Wesensmerkmal rechtsprechender Gewalt die Streitentscheidung. [1)]
Vor dem Richter als unbeteiligtem und nichtinteressiertem Dritten streiten zwei Parteien. Der Richter wendet das Gesetz im Dienste objektiver Rechtsverwirklichung an, um den Beteiligten zu sagen, was das objektive Recht ist. [2)]
Zunächst ist zu bemerken, daß die Einbeziehung des Richters als judizierendes Organ nur eine Anwendung dieser Theorie auf die

---

1) OVG Münster 5, 84 (89) = JZ 52, 83 (84); Bachof, Anm. zu BVerwG JZ 58, 625 in JZ 58, 629 m.w.N.; Bötticher, Inwieweit sichern die Art. 102 ff. der Reichsverf. die Unabhängigkeit des Richters und den Rechtsweg ? in ZZP 51, 201 (208); Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem S. 1 ff.; Friesenhahn, Begriff und Arten der Rspr. in Festschrift für R. Thoma S. 21 (26/27, 37-42); Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht nach dem Bonner GG in DV 1949, 478; HdbDStR II S. 524; Gräber, Das Wesen des richterlichen Geschäfts in DRiZ 55, 7 m.w.N. in Fußn. 6; Jellinek, Allgemeine Staatslehre S. 610; Kapust, Nochmals zum Begriff "Rechtsprechung" in DRiZ 55, 36 (37); Die Rechtsstellung der Seeämter und des Bundesoberseeamtes Jur. Diss. Kiel 1954 S. 81 ff. m.w.N.; Loppuch, Der verwaltungsbehördliche Beschwerdebescheid u. seine Abgrenzung vom Rechtsprechungsakt in NJW 53, 1126 (1128); Maunz-Sigloch-Schmidt, Bundesverfassungsgerichtsgesetz-Kommentar § 1 Rdnr. 1 u. 4; Möllinger, Gerichtsbarkeit bei Steuerdelikten in AöR 80, 276 (290); Referentendenkschrift DRiG 1954 S. 19 m.w.N. in Fußn. 9; Reuss, Vom Wesen des Richters in DVBl 55, 311 (312/313); Schmidt-Räntsch, Deutsches Richtergesetz-Kommentar § 4 Rdnr. 5.

2) So auch Friesenhahn, Begriff und Arten der Rechtsprechung in Festschrift für Thoma S. 21 (26/27).

Rechtsprechung im formellen Sinne darstellt; die Streitentscheidung stellt nach dieser Auffassung Rechtsprechung im materiellen Sinne immer dar, unabhängig davon, von welcher Behörde sie vorgenommen wird. Die endgültige Ausübung dieser materiellen Rechtsprechung durch nichtrichterliche Organe ist dann gem. Art. 92 erster Halbs. GG verfassungswidrig.

Bedenken gegen das Kriterium der Streitentscheidung als Abgrenzung des Funktionsbereiches der Rechtsprechung könnten sich allerdings aus der Zuweisung der Verhängung von Freiheitsstrafen an den Richter nach Maßgabe des Art. 104 GG ergeben.

Das Strafverfahren, welches aufgrund vorstehender Zuweisung bezüglich der Entscheidung über die Verhängung von Freiheitsstrafen dem Funktionsbereich "rechtsprechender Gewalt" angehört, ist Streitentscheidung im Sinne der hier zu überprüfenden Theorie.

Diese Auffassung sieht daher die Staatsanwaltschaft als Partei an, die mit dem Angeklagten vor dem gesetzlichen Richter über den Strafanspruch des Staates gegen den Angeklagten streitet, wobei der gesetzliche Richter den Streit entscheidet. [1)]

Im angelsächsischen Rechtskreis hat die Staatsanwaltschaft lediglich das den Angeklagten belastende Material zu ermitteln und dem Gericht zu unterbreiten, nicht jedoch entlastendes; sie hat daher die Stellung einer Partei.

Im deutschen Strafprozeß hat die Staatsanwaltschaft nach § 160 II StPO auch die zur Entlastung des Angeklagten dienenden Umstände zu ermitteln. Ferner ist sie gem. § 150 GVG [2)] in ihren amtlichen Verrichtungen von den Gerichten unabhängig. Folglich ist sie nicht einseitig die Hüterin des staatlichen Strafanspruches, sondern ihr obliegt die Verpflichtung, gewissermaßen die objektivste Behörde der Welt zu sein.

Insoweit ist festzustellen, daß die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft, als von den Gerichten gem. § 150 GVG unahängige Behörde sowohl belastende als auch entlastende Umstände zu ermitteln, diese nicht als Partei, sondern als Organ der Rechtspflege qualifiziert? [3)]

---

1) Friesenhahn, Begriff u. Arten der Rspr. in Thoma-Festschr. S. 43, Kapust, Die Rechtsstellung der Seeämter u. des Bundesoberseeamtes Jur. Diss. Kiel 1954 S. 95.

2) Fassung 12. September 1950 BGBl S. 513.

3) So auch Göbel, Anklagezwang u. Gewaltentrennung in NJW 61, 856.

Diesem sich aus der gesetzlich fixierten Stellung der Staatsanwaltschaft ergebenden Einwand versucht die hier zu überprüfende Ansicht durch Einführung des Begriffes der materiellen oder unechten Partei zu begegnen. [1]

Danach konzediert sie zunächst, daß die Staatsanwaltschaft gesetzlich als Rechtspflegeorgan ausgestaltet ist. Weiterhin folgert sie dann aber, falls es nach Ermittlung der in § 160 StPO genannten Umstände aufgrund öffentlicher Klage gem. § 151 StPO zum gerichtlichen Strafverfahren (Hauptverhandlung) komme, streite die Staatsanwaltschaft vor dem gesetzlichen Richter mit dem Angeklagten über den staatlichen Strafanspruch und sei insoweit materiell Partei; der Richter habe diesen Streit der Parteien zu entscheiden. Dieses Gegenargument gibt sowohl von Seiten der Staatsanwaltschaft, als auch des Angeklagten sowie des Richters Anlaß zu verschiedenen Bedenken.

Zunächst hat die Staatsanwaltschaft als Justizbehörde auch in der Hauptverhandlung objektiv der Gerechtigkeit zu dienen; sie verfolgt keine eigenen Zwecke, sondern ist das das Gericht unterstützende Organ der Wahrheitsfindung. [2]

Ferner kann ein Streit über den staatlichen Strafanspruch zwischen Staatsanwaltschaft und Angeklagtem überhaupt nur dann entstehen, wenn der Angeklagte hinsichtlich des ermittelten Sachverhaltes, dessen juristischer Bewertung oder bezüglich beider Komponenten mit der Staatsanwaltschaft dissentiert. Mag eine solche unterschiedliche Auffassung auch die Regel sein, so ist sie keinesfalls Gegenstand jedes Strafverfahrens. Der Angeklagte kann vielmehr aus Gründen verschiedenster Art die Auffassung der Staatsanwaltschaft vom Sachverhalt und dessen juristischer Bewertung teilen. Hinsichtlich des Sachverhaltes kann er z.B. der Ansicht sein, das Beweismaterial sei so erdrückend, daß weiteres Leugnen sinnlos sei, sich möglicherweise sogar auf das Strafmaß auswirke oder er kann befürchten, Leugnen könne die Staatsanwaltschaft zu weiteren Ermittlungen veranlassen, die noch mehr zutage fördern könnten.

---

1) Vgl. Friesenhahn, Begriff u. Arten der Rspr. in Thoma-Festschr. S. 21 (43 ff.)

2) So auch Peters, Strafprozeß (2) S. 139.

Bezüglich der juristischen Bewertung kann er der Auffassung sein, diese sei im Vergleich zur Schwere der Tat und des vorliegenden Beweismaterials relativ günstig, ferner sie ziele auf die gerechte Sühne ab.
In diesen Fällen besteht überhaupt kein Streit über den staatlichen Strafanspruch, die Staatsanwaltschaft ist folglich auch materiell nicht Partei, und der gesetzliche Richter fällt keine Streitentscheidung. Dennoch muß gem. Art. 104 GG eine richterliche Entscheidung ergehen, d.h., rechtsprechende Gewalt ausgeübt werden. Die Bedeutung der richterlichen Entscheidung besteht in diesen Fällen in der autoritativen Feststellung des staatlichen Strafanspruches, die gem. § 449 StPO mit Eintritt der Rechtskraft Grundlage der Vollstreckung ist.
Ein weiteres Bedenken ergibt sich aus § 155 II StPO. Nach dieser Vorschrift sind die Gerichte bei Anwendung des Strafgesetzes an die gestellten Anträge nicht gebunden. Zwar gebietet der Anklagegrundsatz des § 151 StPO die Bindung des Gerichts an die in der Klage bezeichnete Tat und die durch die Klage beschuldigten Personen gem. § 155 I StPO, innerhalb dieser Grenzen aber besteht die in § 155 II StPO genannte Freiheit des Gerichts. Dieses hat den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln (Inquisitionsmaxime), vgl. insbesondere auch § 244 II StPO, ist also nicht an die vorgetragenen Tatsachen gebunden, ferner hat es die juristische Wertung des Sachverhaltes unabhängig von den gestellten Anträgen vorzunehmen.
So kann z.B. in einem Strafverfahren über die Tötung eines Menschen die Staatsanwaltschaft die Auffassung vertreten, die Tat erfülle die Tatbestandsmerkmale des § 212 StGB und eine zeitlich begrenzte Freiheitsstrafe beantragen; das Gericht, das aufgrund der Beweisaufnahme gem. § 244 II StGB ermittelt hat, daß der Angeklagte heimtückisch gehandelt hat, kann nach § 155 II StPO wegen Mordes gem. § 211 StGB verurteilen und eine lebenslängliche Freiheitsstrafe verhängen. Hat in diesem Fall der Angeklagte seinerseits durch seine Verteidigung oder selbst die Ansicht geäußert, es müsse Freispruch ergehen, so besteht zwischen ihm und der Staatsanwaltschaft Streit darüber, ob der Tatbestand des Totschlags rechtswidrig und schuldhaft vollendet und die beantragte zeitliche

Freiheitsstrafe verwirkt ist. Das Urteil des Gerichts entscheidet diesen Streit weder im einen noch im anderen Sinne, sondern stellt einen von diesem verschiedenen Strafanspruch des Staates fest. Diese Feststellung ist, obwohl sie gleichfalls keine Streitentscheidung enthält, ebenfalls gem. Art. 104 I 1 GG Ausübung rechtsprechender Gewalt. Bezüglich strafrichterlicher Entscheidungen ergibt sich somit, daß jede Verhängung von Freiheitsstrafen gem. Art. 104 GG Ausübung rechtsprechender Gewalt, nicht aber zugleich Streitentscheidung bedeutet. Letztere scheitert bereits an der Stellung der Staatsanwaltschaft als Rechtspflegeorgan. [1)]

Da in diesem Bereich die Hauptargumente für das Nichtvorliegen der Identität von Rechtsprechung und Streitentscheidung in strafprozessualen Besonderheiten bestehen, ist der Bereich des Zivilrechts noch gesondert zu prüfen.

Zunächst ist auch hier wiederum von den Parteien auszugehen. Im Grundfall des Zivilprozesses, dem kontradiktorischen Verfahren, stehen Kläger und Beklagter als Parteien dem Richter als neutralem Dritten gegenüber. Von der Stellung der Parteien her ist die vorliegende Theorie daher nicht zu beanstanden.

Weiterhin ist zu prüfen, ob das kontradiktorische Verfahren eine Streitentscheidung stets beinhaltet.

Anlaß zu Bedenken könnte zunächst das Versäumnisurteil bieten. Das Versäumnisurteil gegen den nicht erschienenen Kläger weist auf Antrag gem. § 330 ZPO die Klage ab. Ist der Beklagte nicht erschienen, so ist das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers gem. § 331 I ZPO als zugestanden anzunehmen. Gem. § 331 II ZPO ist nach dem Antrag zu erkennen, soweit das tatsächliche mündliche Vorbringen den Klageantrag rechtfertigt; im übrigen ist die Klage abzuweisen.

Da jeweils die gegnerische Partei nicht erschienen ist, führen in beiden Fällen die Parteien de facto keinen Streit vor dem Richter. Im zweiten Fall führen sie über den Sachverhalt auch de iure keinen Streit, da das mündliche Vorbringen des Klägers gem. § 331 I ZPO als zugestanden anzusehen ist. Insoweit ist auch die Entscheidung des Richters keine Streitentscheidung. [2)]

---

1) Peters, Strafprozeß (2) S. 88 m.w.N.

2) Baur, Begriff der Rspr. u. die freiw. Gerichtsbarkeit in DNotZ 55, 507 (511).

Gegen diese Argumentation könnte jedoch eingewandt werden, die faktische Führung eines Streites sei nicht essentiell für die Streitentscheidung, die Streitigkeit des Rechtsverhältnisses reiche vielmehr aus. [1] Dieses sei aber nach § 330 ZPO streitig, ebenso nach § 331 ZPO; die Wertung des mündlichen Vorbringens als durch den Beklagten zugestanden sei nur eine Fiktion.
Gegen die Begründetheit dieses Einwandes könnten sich jedoch Bedenken aus §§ 338, 342 ZPO ergeben. Gem. § 338 ZPO ist gegen ein Versäumnisurteil der Rechtsbehelf des Einspruches gegeben, der unter den Voraussetzungen der §§ 339, 340 ZPO zulässig ist. Der zulässige Einspruch führt gem. § 342 ZPO zur Zurückversetzung des Prozesses in die Lage, in der er sich vor Eintritt der Versäumnis befand. Im Gegensatz zum Berufungs- und Revisionsverfahren kann hier der Streit in derselben Instanz in vollem Umfange fortgeführt werden. Diese Möglichkeit der Streitfortführung nimmt dem Versäumnisurteil bereits die Qualifikation der echten Streitentscheidung; keine kontradiktorische Entscheidung kann durch Rechtsbehelf dergestalt beseitigt werden, daß das Verfahren in derselben Instanz fortgeführt wird.
Im Falle der Unzulässigkeit des Einspruchs im Sinne des § 341 Satz 2 ZPO ist das Versäumnisurteil dagegen gem. § 513 II ZPO kontradiktorisches Urteil mit der Rechtsfolge der Zulässigkeit von Berufung und Revision.
Diese prozessuale Einstufung ist jedoch nicht Folge einer materiellen Streitentscheidung, sondern ausschließlich die Konsequenz der prozeßrechtlichen Funktion des Versäumnisverfahrens, die sichtbar wird in §§ 341 Satz 2 und 345 ZPO. Danach dient das Versäumnisverfahren als Ersatz für das kontradiktorische Verfahren, falls dieses aufgrund des Nichterscheinens einer Partei nicht durchgeführt werden kann. Im Ergebnis tritt somit dieselbe Rechtsfolge ein wie bei einem kontradiktorischen Urteil, und zwar entweder über § 341 Satz 2 oder über § 345 ZPO. Die ratio legis dieser prozessualen Rechtsfolgen besteht lediglich darin, das Versäumnisverfahren als ein Hilfsmittel auszugestalten, das die Erzwingung des kontradik-

---

1) Vgl. Brüggemann, Judex statuor und judex investigator S. 138.

torischen Verfahrens, wie sie das römische Recht kennt, [1] überflüssig macht. Das Versäumnisurteil stellt somit keine Streitentscheidung dar. Dennoch ist es Vollstreckungstitel im Sinne des § 704 ZPO, ergeht daher als richterliche Entscheidung und ist Ausübung rechtsprechender Gewalt. [2]

Weiteren Anlaß, an der Identität von rechtsprechender Gewalt und Streitentscheidung zu zweifeln, bietet das Anerkenntnisurteil im Sinne des § 307 ZPO. Nach dieser Vorschrift ist die anerkennende Partei gemäß dem Anerkenntnis zu verurteilen. Das Anerkenntnis läßt also entweder keinen Streit entstehen oder beendet einen bereits entstandenen Streit; das Anerkenntnisurteil stellt somit keine Streitentscheidung dar. Da es aber ebenfalls Vollstreckungstitel im Sinne des § 704 ZPO ist, ergeht es als autoritativer Rechtsprechungsakt. [3]

Ähnliches gilt für das Verzichtsurteil nach § 306 ZPO mit der Besonderheit, daß der Kläger auf den geltend gemachten Anspruch verzichtet.

Ferner spricht der gerichtliche Vergleich gegen die Identität rechtsprechender Gewalt mit der Streitentscheidung. Durch den Vergleich wird ein bestehender Streit im Wege gegenseitigen Nachgebens beigelegt; [4] eine Streitentscheidung wird vermieden. Da der Vergleich jedoch gem. § 794 I Nr. 1 ZPO Vollstreckungstitel ist, ist er insoweit einem Rechtsprechungsakt gleichgestellt.

---

1) Nach den 12 Taf. (Anfang 1, 1-3) konnte der Ladende den widerstrebenden Gegner nach manus iniectio eigenhändig vor Gericht führen, später drohte das prätorische Edikt die prätorische Strafklage an, ferner erging auf Antrag die missio in bona rei servandae causa. Die litis contestatio als Voraussetzung der Bindung der Parteien an den Richterspruch konnte zwar nicht direkt erzwungen werden, jedoch trafen den die litis contestatio Verweigernden die sehr harten Rechtsfolgen der Indefension.

2) So auch Schönke-Schröder-Niese, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts (8) S. 73.

3) Schönke-Schröder-Niese a.a.O. S. 73.

4) Vgl. § 779 BGB.

Den sich aus dem Versäumnis-, dem Anerkenntnis-, dem Verzichtsurteil und dem gerichtlichen Vergleich gegen die Identität von rechtsprechender Gewalt und Streitentscheidung ergebenden Bedenken wird im wissenschaftlichen Schrifttum teilweise mit dem Hinweis begegnet, es handle sich in diesen Fällen um atypische Situationen im kontradiktorischen Verfahren. [1] Abgesehen von diesen Ausnahmesituationen führe das kontradiktorische Verfahren zur Streitentscheidung.
Bereits bei dem Bereich der Verhängung von Freiheitsstrafen wurde ausgeführt, daß der Richter weder an die Tatsachen noch an die Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten gebunden ist, sondern von beiden Entscheidungsbestandteilen abweichen kann und dann keine Streitentscheidung mehr fällt. [2]
Es ist daher zu untersuchen, inwieweit diese Grundsätze auch hinsichtlich der Parteien des kontradiktorischen Verfahrens gelten.

Bezüglich des Tatsachenstoffes gilt abweichend vom Strafverfahren im Zivilprozeß grundsätzlich die Verhandlungsmaxime, d.h., die Tatsachen, die Grundlage der richterlichen Entscheidung werden sollen, müssen durch die Parteien in den Prozeß eingeführt werden, und zwar dadurch, daß zumindest eine der Parteien die Tatsache zum Gegenstand ihres Vortrages macht. [3] Soweit die Parteien unterschiedliche Tatsachen vortragen, trifft der Richter eine Streitentscheidung, da er von sich aus die Wahrheit nicht zu erforschen hat, sondern an den Tatsachenvortrag der Parteien gebunden ist. Der Streit über den Tatsachenstoff kann aber auch vor Ergehen der richterlichen Entscheidung durch Geständnis gem. § 288 I ZPO ausgeräumt werden, so daß hinsichtlich der Tatsachen keine Streitentscheidung erfolgt.
Von einer solchen kann auch dann keine Rede sein, wenn die Parteien einverständlich dieselbe Rechtsfolge erstreben - z.B. die Auflösung der Ehe durch Scheidung - und zur Erreichung dieses Zweckes von vornherein übereinstimmende Tatsachen vortragen.

---

1) So auch Brüggemann, Judex statuor u. judex investigator.
2) Vgl. Seite 38.
3) RGZ 153, 93 (97/98); Blomeyer, Zivilprozeßrecht-Erkenntnisverfahren.

Weiterhin gilt in einigen Verfahrensarten aufgrund des besonderen öffentlichen Interesses die Inquisitionsmaxime, so bei Feststellungs- und Nichtigkeitsklagen in Ehesachen nach § 622 I ZPO, in Kindschaftssachen nach § 640 ZPO, in Entmündigungssachen nach § 653 ZPO, sowie in Aufgebotsverfahren gem. § 952 III ZPO. In diesen Verfahrensarten kann der Richter vom Vortrag der Parteien abweichende Tatsachen ex officio ermitteln und aufgrund dieser Tatsachen entscheiden, so daß auch insoweit keine Entscheidung hinsichtlich der zwischen den Parteien streitigen Umstände erfolgt. Abgesehen von den sogenannten "atypischen Fällen" ergeht also auch im übrigen im kontradiktorischen Verfahren zumindest hinsichtlich des Tatsachenstoffes als Entscheidungsgrundlage keineswegs ex definitione des kontradiktorischen Verfahrens immer eine Streitentscheidung.

Nunmehr ist zu untersuchen, inwieweit eine solche bezüglich der Rechtsauffassung der Parteien ergeht. Ausgangspunkt dieser Überlegung ist § 308 ZPO, der den Grundsatz "ne ultra petita partium" aufstellt. Da der Richter nach diesem Grundsatz einer Partei nicht etwas zusprechen kann, was sie nicht beantragt hat, [1] könnte gefolgert werden, bei unterschiedlichen Anträgen der Parteien sei die richterliche Entscheidung Streitentscheidung darüber, welcher gestellte Antrag rechtlich begründet ist. Eine solche Schlußfolgerung ließe jedoch außer Acht, daß der Richter im Rahmen der gestellten Anträge an die Rechtsauffassung der Parteien nicht gebunden ist.[2] Somit erfolgt im kontradiktorischen Verfahren auch hinsichtlich des Streites der Parteien über die juristische Wertung des Sachverhaltes eine Streitentscheidung nicht ex definitione des kontradiktorischen Verfahrens.

Ein weiteres Argument gegen die Identität von rechtsprechender Gewalt und Streitentscheidung stellt die abstrakte Normenkontrolle dar. Gem. Art. 93 I Nr. 2 GG i.V.m. § 13 Nr. 6 BVerfGG können die Beteiligten bei Zweifeln über die förmliche oder sachliche Vereinbarkeit der betreffenden Norm mit dem Grundgesetz einen autoritativen Rechtsspruch des Bundesverfassungsgerichts erhalten,

---

1) Vgl. Baur, Begriff der Rspr. u. die freiw. Gerichtsbarkeit in DNotZ 55, 507 (516).

2) Siehe Fußnote 1.

ohne daß hierfür zwei Parteien und ein zwischen ihnen bestehender Streit erforderlich wären.
Durch die bisherige Argumentation wurde lediglich nachgewiesen, daß eine Reihe von Rechtsprechungsakten keine Streitentscheidung enthält. Daraus könnte der Schluß gezogen werden, rechtsprechende Gewalt erschöpfe sich zwar nicht in der Streitentscheidung, diese sei aber in jedem Falle Bestandteil der Rechtsprechung. [1] Damit könnte eine Subsumtion der Streitentscheidung unter die rechtsprechende Gewalt erfolgen. Diese Folgerung ist jedoch nicht gerechtfertigt, wenn es auch Streitentscheidungen gibt, die keine Ausübung rechtsprechender Gewalt darstellen.
Als solche Streitentscheidung könnte der streitentscheidende Verwaltungsakt angesehen werden. [2] Ein solcher ergeht, wenn eine Verwaltungsbehörde befugtermaßen, d.h. aufgrund gesetzlicher Ermächtigung, einen Streit durch Verwaltungsakt entscheidet. [3]
Ob der streitentscheidende Verwaltungsakt aber mit Art. 92 erster Halbs. GG vereinbar ist, hängt gerade vom Begriff der rechtsprechenden Gewalt ab. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht diese Art des Verwaltungsaktes unter Hinweis auf Rechtsprechung und Schrifttum im Hinblick auf Art. 92 erster Halbs. GG für unbedenklich gehalten, weil der streitentscheidende Verwaltungsakt materiell kein Rechtsprechungsakt sei;die Abgrenzung zum Rechtsprechungsakt hat es dagegen nicht aufgezeigt. [4] Die Vereinbarkeit des streitentscheidenden Verwaltungsaktes mit Art. 92 GG kann folglich erst nach Ermittlung des Begriffes der rechtsprechenden Gewalt entschieden werden, nicht aber kann umgekehrt vom streitentscheidenden Verwaltungsakt auf den Rechtsprechungsbegriff oder auf Teilbereiche rechtsprechender Gewalt geschlossen werden. Die Frage nach der Existenz von Streitentscheidungen, die keine rechtsprechende Gewalt darstellen, bzw. die Frage, ob die Streitentscheidung stets recht-

---

1) So Baur, Der Begriff der Rspr. u. die freiw. Gerichtsbarkeit in DNotZ 55, 507 (515); Bettermann, Verwaltungsakt u. Richterspr. in Gedächtnisschr. für W. Jellinek 361 ff. (370).

2) BVerfGE 2, 380 (393/394) m.w.H. auf Rspr. u. Schrifttum.

3) Schüle, Der streitentsch. VA in Staats- u. verwaltungswissenschaftliche Beiträge 1957 S. 277; Wolff, VerwR I § 47 I b 3 S. 341 mit Beispielen.

4) BVerfGE 2, 380 (394).

sprechende Gewalt darstellt, kann vom Rechtsprechungsbegriff gesondert nicht entschieden werden.
Festgestellt werden kann somit nur, daß die Streitentscheidung die Ausübung rechtsprechender Gewalt mindestens indiziert.

10. Theorie: Rechtsprechende Gewalt als Streitentscheidung oder Verhängung von Kriminalstrafen

Diese Theorie [1] trägt den sich aus Art. 104 GG gegen die Identität von Rechtsprechung und Streitentscheidung ergebenden Bedenken Rechnung, indem sie die Verhängung von Kriminalstrafen nicht als Streitentscheidung wertet , sondern diese als gesonderten Teilbereich rechtsprechender Gewalt ansieht. Darüber hinaus bestehen gegen den anderen Teilbereich "Streitentscheidung" die zur 9. Theorie genannten Bedenken.

11. Theorie: Rechtsprechende Gewalt als verbindliche Feststellung bestrittenen, bezweifelten oder gefährdeten Rechts

Nach dieser Ansicht besteht das Abgrenzungskriterium der rechtsprechenden Gewalt von der Exekutive in der verbindlichen Feststellung bestrittenen, bezweifelten oder gefährdeten Rechts durch eine unbeteiligte, unabhängige Stelle, deren Mitglieder von einer staatlichen Stelle berufen worden sind. [2] Aufgrund der Verfassungs-

---

1) BVerfGE 2, 79 (86); VGH Württemberg-Baden ESVGH 1,1 (4); Dernedde, Die Rechtspflege im GG in ZJBl 49, 101 (102); Haas, Landesrecht vor Bundesgerichten in DVBl 57, 368 (369); Kern, Gerichtsverfassungsrecht (4) § 12 B I; Klein, Bonner GG u. Rechtsstaat in ZStW 106, 390 (406); Kleinrahm, Justizreform u. GG in Rpfleger 52, 2 (4); Koellreutter, Rechtspflege u. Verwaltung in AöR 56, 416 (430); Rechtspflege, Rechtsprechung u. Rechtspfleger in Rpfleger 53, 1 ff.; Löwe-Rosenberg, StPO-Kommentar Bd. II (21) vor § 1 Anm. 2a S. 450/451; v.Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz Vorbem. 3 zu Art. 92; Marquordt, Das Rechtspflegergesetz 1969 in Rpfleger 70,1 (3); Rosenberg, Lehrb. des Zivilprozeßr. (6) § 10 II S. 31; Scheuner, Probleme u. Verantwortungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der BRD in DVBl 52, 291 (296); Wolff,H.J., Verw.R I (6) § 19 I c; Die Voraussetzungen eines besonderen Verwaltungsgerichts in MDR 51, 67 (69).

2) DRB-Kommission, Zur künftigen Stellung des Rechtspflegers in DRiZ 73,252; Hamann-Lenz, GG-Kommentar (3) Art. 92 Anm. B 1 b; Hesse, Grundzüge des Verfassungsr. der BRD (4) § 14 III 1; Lehrreich, Die Rechtspflege im Bonner GG in 37. DJT S. 26 (31);

immanenz des Begriffes der rechtsprechenden Gewalt ist die Art und Stellung der judizierenden Behörde unerheblich für die Frage der Ausübung rechtsprechender Gewalt. Bezüglich der Feststellung bestrittenen, bezweifelten oder gefährdeten Rechts enthält auch diese Theorie das Kriterium der Streitentscheidung, so daß insofern die zur 9. Theorie geäußerten Bedenken auch hier gelten.

12. Theorie: Rechtsprechende Gewalt als das den Rechten Rechtskraft verleihende Verfahren

Nach dieser Lehre wird die judikative Rechtsanwendung von der administrativen durch das Kriterium der materiellen Rechtskraft abgegrenzt, wobei auf die Fähigkeit zur Erlangung materieller Rechtskraft abgestellt wird. [1]
Diese setzt die formelle Rechtskraft - d.h. die Unanfechtbarkeit einer Entscheidung voraus. Gegen formell rechtskräftige Entscheidungen gibt es kein Rechtsmittel. [2]
Materielle Rechtskraft bedeutet rechtliche Maßgeblichkeit des

---

Maunz-Sigloch-Schmidt, BVerfGG-Kommentar § 1 Rdnr. 4; Reuss, Vom Wesen des Richters in DVBl 55, 311 (312); Ridder, Empfiehlt es sich, die vollständige Selbstverw. aller Gerichte im Rahmen des GG gesetzl. einzuführen? in 40. DJT S. 93 (127); Schäfer, Löwe-Rosenberg, StPO u. GVG-Kommentar II (21) Anm. 2a, aa, bb vor § 1 GVG; Scheuner, Probleme u. Verantwortungen der Verfassungsgerichtsb. in der BRD in DVBl 52, 291 (296); Der Bereich der Regierung in Smend-Festschr. S. 52, 278; Wintrich, Aufgaben, Wesen u. Grenzen der Verfassungsgerichtsb. in Nawiasky-Festschr. S. 203.

1) BVerwGE 2,208 (210); BVerwG NJW 55, 1892 (1893); NJW 61, 2274 (2275); Arndt, Strafgew. der Finanzämter in NJW 59, 605 (607); Anm. zu BGH NJW 59, 1230; Richter, Gericht u. Rechtsweg in der Reichsverf. in AöR 60, 183 ff.; Das Bild des Richters S. 7 ff.; Rechtspr. Gewalt u. Strafkompetenz in Festgabe f. C. Schmidt S. 5 (13,15,23); Bettermann, Die freiw. Gerichtsbark. im Spannungsfeld zwischen Verw. u. Rspr. in Festschr. f. Lent S. 17 (24); Kompetenzfragen um den Kündigungsschutz im Kleingartenr. in NJW 57,1497; VA u. Richterspruch in Gedächtnisschr. für W. Jellinek S. 362; Das Gerichtsverfassungsrecht in der Rspr. des BVerfG in AöR 92, 496 (505); Giese-Schunck, GG-Kommentar Art. 92 II 1; Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage S. 151 ff.; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD (4) § 14 III 1 S. 218/219; Westermann, Wesen u. Grenzen der Richterl. Streitentscheidung im Zivilrecht S. 10 m.w.N. in Fußn. 6.

2) Maunz-Sigloch-Schmidt, BVerfGG-Kommentar § 31 Rdnr. 6.

Gegenstandes der formell rechtskräftigen Entscheidung. Über den festgestellten Gegenstand ist eine erneute Entscheidung ausgeschlossen; jeder Richter ist an den Ausspruch des materiell rechtskräftigen Urteils gebunden. Es darf nicht nur nicht anders entschieden werden, es darf über diesen Gegenstand überhaupt nicht entschieden werden. [1)]

Die Verwendbarkeit dieses Merkmals als Abgrenzungskriterium judikativer Rechtsanwendung von der der Exekutive hängt zunächst davon ab, ob alle Rechtsprechungsakte der materiellen Rechtskraft fähig sind.

Fraglich könnte zunächst sein, ob Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, denen gem. § 31 II 1 u. 2 BVerfGG Gesetzeskraft zukommt, materiell rechtskräftig sind. Diese Entscheidungen im Normenkontrollverfahren sind gem. Art. 93 I Nr. 2, 100 I, 100 II, 126 und 93 I Nr. 4a u. 4b GG Akte rechtsprechender Gewalt. Für diese Rechtsprechungsakte könnte die materielle Rechtskraft mit dem Hinweis verneint werden, materielle Rechtskraft sei begrifflich nur möglich, wenn auf einen konkreten Sachverhalt eine Norm angewandt und so eine Rechtsfolge ermittelt werde. In materieller Rechtskraft könnten daher nur solche Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ergehen, die sich auf konkrete Sachverhalte bezögen, nicht also Normenkontrollentscheidungen und authentische Gesetzesinterpretationen. Diese Argumentation ließe jedoch außer Acht, daß die Gültigkeit oder die Bedeutung von Normen den konkreten Sachverhalt bilden, auf den höherrangige Normen anzuwenden sind, vgl. S. 29. Entscheidungsgegenstand ist die Vereinbarkeit der geprüften Norm mit einer höheren Norm im Zeitpunkt der Entscheidung. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die Rechtskraft anders beurteilt werden soll, wenn der Sachverhalt der Entscheidung aus Normen besteht. Die Gesetzeskraft tritt also lediglich zur materiellen Rechtskraft als weitere Bindungswirkung hinzu; [2)] § 31 II 1 u. 2 BVerfGG bietet daher keinen Anlaß, die hier zu überprüfende Theorie abzulehnen.

---

1) Maunz-Sigloch-Schmidt, BVerfGG-Kommentar § 31 Rdnr. 8.

2) So auch Leibholz-Rupprecht, BVerfGG-Kommentar § 31 Anm. 1.

Weitere Bedenken könnten sich jedoch aus den Urteilen ergeben, die nicht der materiellen Rechtskraft fähig sind, wie Prozeßurteile, Vorbehaltsurteile gem. § 302 ZPO, Zwischenurteile i.S.d. § 303 ZPO, Grundurteile gem. § 304 ZPO sowie Urteile über die Aufhebung und Zurückverweisung der Sache durch das Revisionsgericht gem. § 565 ZPO. Diese Entscheidungen weist das Grundgesetz jedoch nicht ausdrücklich der rechtsprechenden Gewalt zu. Daher können aus diesen Urteilen Bedenken gegen die hier zu überprüfende Theorie erst dann hergeleitet werden, wenn der Bereich der Rechtsprechung, soweit er grundgesetzlich nicht ausdrücklich geregelt ist, feststeht. Erst dann kann gesagt werden, ob die vorstehend genannten Entscheidungen grundgesetzlich zwingend der Rechtsprechung zugeordnet sind, obwohl sie nicht der materiellen Rechtskraft fähig sind.
Ferner könnten jedoch die sogenannten Freiheitsentziehungsverfahren gegen die Richtigkeit der hier zu überprüfenden Auffassung sprechen. Ein solches Verfahren ist auf die völlige Wegnahme eines Rechts auf körperliche freie Fortbewegung, auf Aufsuchen eines anderen als des augenblicklichen Aufenthaltsortes gerichtet. [1] Diese Verfahren sind gem. Art. 104 GG der rechtsprechenden Gewalt zugeordnet. Inwieweit die Entscheidungen in diesen Verfahren der materiellen Rechtskraft fähig sind, ist für jedes Verfahren einzeln zu untersuchen.

1. Die Unterbringung eines Mündels

Die mit Freiheitsentziehung verbundene Unterbringung eines Mündels ist gem. § 1800 II BGB nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zulässig.
Eine Verfügung, durch die das Vormundschaftsgericht die Genehmigung zur Unterbringung des Mündels erteilt, wird gem. § 55 a FGG erst mit der Rechtskraft wirksam. Da das Vormundschaftsgericht jedoch gem. § 1800 II 3 BGB ex officio den Fortbestand der Einweisungsvoraussetzungen zu überwachen und die Genehmigung zurückzunehmen hat, wenn das Wohl des Mündels die Unterbringung nicht mehr erfordert, kann § 55 a FGG nur die formelle Rechtskraft erfordern, d.h.,

---

1) Baumann, Unterbringungsrecht S. 7

die Unanfechtbarkeit der Verfügung durch die Beteiligten. Materielle Rechtskraft kann ihr dagegen nicht zukommen. [1] Somit enthält § 1800 II BGB einen Rechtsprechungsakt, der nicht in materieller Rechtskraft ergeht.

2. Die Fürsorgeerziehung

Die Anordnung der Fürsorgeerziehung nach § 65 JWG [2] ist eine Freiheitsentziehung i.S.d. § 2 FreihEntz. [3] Gem. § 8 dieses Gesetzes wird die Anordnung wirksam mit Rechtskraft. Da das Vormundschaftsgericht gem. § 75 JWG auch in diesem Falle ex officio ständig über den Fortbestand der Unterbringungsvoraussetzungen zu wachen hat und gegebenenfalls die Fürsorgeerziehung aufzuheben hat - das gilt auch dann, wenn die irrtümlich angenommenen Voraussetzungen von vornherein nicht vorlagen, - kann § 8 FreihEntz nur die formelle Rechtskraft erfordern; der materiellen Rechtskraft entbehrt die Anordnung hingegen. [4]

3. Die Unterbringung nach dem Bundesseuchengesetz

Auf die Unterbringung nach § 37 II BSeuchenG [5] erklärt Satz 2 dieser Vorschrift "das Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen" ausdrücklich für anwendbar. Nach § 8 wird die Anordnung gleichfalls mit Rechtskraft wirksam. Auch in diesem Fall ist gem. § 10 FreihEntz die die Freiheitsentziehung anordnende Entscheidung von Amts wegen aufzuheben, wenn der Grund der Freiheitsentziehung weggefallen ist oder von Anfang an nicht bestanden hat. Aus diesem Grunde ist auch diese Entscheidung nur der formellen, nicht aber der materiellen Rechtskraft fähig. [6]

---

1) So auch Baumann, Unterbringungsrecht S. 413.

2) Fassung 6. August 1970 BGBl I S. 1197.

3) 29. Juni 1956 BGBl I S. 599 in der Fassung vom 11. August 1961 BGBl I S. 1221.

4) Bärmann, FG u. Notarrecht § 5 IV S. 34; Beitzke, Familienrecht (15) § 34 III 2 S. 234; JFG 20, 55.

5) 18. Juli 1961 BGBl I S. 1012 in der Fassung vom 25. August 1971 BGBl I S. 1401.

6) Vgl. Baumann, Unterbringungsrecht S. 414.

4. Die Unterbringung nach dem Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten

Die Unterbringung nach § 18 II 2 GeschlG [1] ist gleichfalls eine Freiheitsentziehung i.S.d. § 2 FreihEntz, so daß die Grundsätze der Unterbringung nach dem BSeuchenG entsprechend gelten.

5. Die Unterbringung nach dem Bundessozialhilfegesetz

Gem. § 26 I 1 BSHG [2] kann nach den Bestimmungen des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen eine Unterbringung zur Arbeitsleistung in einer abgeschlossenen Anstalt angeordnet werden. In diesem Falle gelten ebenfalls die in §§ 8, 10 ausgeführten Grundsätze.

6. Die Unterbringung nach dem Psychischkrankengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen

Unter den Voraussetzungen des § 11 PsychKG [3] ist eine Unterbringung - i.S.d. § 10 PsychKG - psychisch Kranker zulässig. Gem. § 24 I PsychKG werden die Entscheidungen des Gerichts erst mit Rechtskraft wirksam. Das Gericht hat die Voraussetzungen der Unterbringung nach Maßgabe der §§ 30 ff. PsychKG von Amts wegen zu überwachen und bei Wegfall der Voraussetzungen aufzuheben. Aus diesem Grunde hat die Entscheidung des Gerichts nur formelle, nicht aber materielle Rechtskraft. [4] Insoweit enthalten die Unterbringungsgesetze der übrigen Bundesländer keine Abweichung. [5]

7. Die Abschiebungshaft

Nach § 16 AuslG [6] kann ein Ausländer unter den dort genannten Voraussetzungen zur Vorbereitung der Abschiebung in Haft genommen werden. Auch diese Inhaftierung stellt eine Freiheitsentziehung i.S.d. § 2 FreihEntz dar mit der Maßgabe, daß auch hinsichtlich dieser Entscheidung die zu §§ 8, 10 Freihentz bereits ausgeführten

---

1) 23. Juli 1953 BGBl I S. 700 in der Fassung vom 25. August 1969 BGBl I S. 1351.

2) 18. September 1969 BGBl I S. 1688.

3) 2. Dezember 1969 GV NW S.872 - SVG NW S. 2128.

4) Baumann, Unterbringungsrecht S. 413/414.

5) Baumann, a.a.O. S. 413.

6) 28. April 1965 BGBl I S. 353 in der Fassung vom 23. Juni 1970 BGBl I S. 805.

Grundsätze - vgl. zu 3 Unterbringung nach dem BSeuchenG - gelten.

8. Untersuchungshaft

Unter den Voraussetzungen der §§ 112 u. 113 StPO kann gegen den Beschuldigten Untersuchungshaft verhängt werden. Diese wird gem. § 114 StPO durch Haftbefehl angeordnet, der gem. Art. 104 GG Rechtsprechungsakt ist. Gem. § 117 II 1 StPO ist subsidiär zum Haftprüfungsverfahren gegen den Haftbefehl die einfache Beschwerde zulässig. [1] Da diese unbefristet ist, kann der Haftbefehl jederzeit auch von Amts wegen geändert werden und ist schon aus diesem Grunde rechtskraftunfähig. [2]
Die Haftprüfung kann der Beschuldigte gem. § 117 StPO jederzeit beantragen, solange er sich in Untersuchungshaft befindet; unter den Voraussetzungen des § 117 V StPO hat die Haftprüfung von Amts wegen zu erfolgen, nach sechsmonatiger Untersuchungshaft erfolgt sie durch das Oberlandesgericht. Der Haftbefehl ist gem. § 120 StPO aufzuheben, sobald die Voraussetzungen der Untersuchungshaft nicht mehr bestehen. Auch daraus folgt die Rechtskraftunfähigkeit des Haftbefehls.

9. Haftbefehl bei Ausbleiben des Angeklagten

Gegen den Angeklagten kann Haftbefehl nach § 230 II StPO erlassen werden, wenn er ohne genügende Entschuldigung nicht zur Hauptverhandlung erscheint. Auch gegen diesen Rechtsprechungsakt ist die einfache Beschwerde zulässig, [3] so daß insoweit die zur Untersuchungshaft gemachten Ausführungen entsprechend gelten.

10. Die Beugehaft

Gem. § 70 II StPO kann gegen den ungehorsamen Zeugen zur Erzwingung des Zeugnisses Haft angeordnet werden. Die Haftanordnung ist Rechtsprechungsakt i.S.d. Art. 104 GG. Gegen sie ist gem. § 304 II StPO die einfache Beschwerde zulässig. Somit ist die Anordnung der Beugehaft rechtskraftunfähig, vgl. zu 8.

---

1) Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht (10) § 31 G I 3.
2) Kern-Roxin, a.a.O. § 52 B III 1c.
3) Löwe-Rosenberg/Geier, StPO-Kommentar I (21) § 230 Anm. 5d.

11. Die Untersuchung in der Heil- und Pflegeanstalt

Nach § 81 I 1 StPO kann der Beschuldigte zur Vorbereitung eines Gutachtens über den Geisteszustand in eine öffentliche Heil- oder Pflegeanstalt gebracht werden. Gegen diesen Beschluß ist gem. § 81 III StPO die sofortige Beschwerde zulässig. Diese ist gem. § 311 II Satz 1 StPO binnen einer Woche einzulegen; bei Versäumung dieser Frist wird der Beschluß unanfechtbar, ist also der formellen Rechtskraft fähig. Da das Gericht trotz § 311 III StPO befugt, unter Umständen sogar verpflichtet ist, in dieser Frage erneut zu beschließen, kommt auch diesem Beschluß keine materielle Rechtskraft zu. [1)]

12. Die einstweilige Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt

Gem. § 126 a StPO kann unter den dort genannten Voraussetzungen eine einstweilige Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt angeordnet werden. Auch dieser Unterbringungsbefehl ist Rechtsprechungsakt i.S.d. Art. 104 GG. Gegen ihn ist der Rechtsbehelf der einfachen Beschwerde gegeben, [2)] so daß bereits aus diesem Grunde der Unterbringungsbefehl rechtskraftunfähig ist. Außerdem hat das Gericht den Fortbestand der Unterbringungsvoraussetzungen zu überwachen und bei Wegfall der Voraussetzungen oder der Feststellung, daß diese von Anfang an nicht vorlagen, den Unterbringungsbefehl sofort aufzuheben, woraus gleichfalls die Rechtskraftunfähigkeit folgt.

13. Maßregeln der Sicherung und Besserung

Die in § 61 Ziff. 1-4 StGB [3)] genannten Unterbringungen sind als Freiheitsentziehungen Rechtsprechungsakte i.S.d. Art. 104 GG. Nach § 67 e I StGB kann das Gericht die weitere Vollstreckung jederzeit zur Bewährung aussetzen, nach Abs. 2 dieser Vorschrift hat es die Voraussetzungen dieser Aussetzung innerhalb der dort genannten Fristen zwingend zu prüfen. Maßregeln der Sicherung und Besserung erwachsen somit gleichfalls nicht in materieller Rechtskraft. Ebenso ist die Aussetzung als Entscheidung über die Fortdauer der Maßregel Rechtsprechungsakt, der gem. § 67 g StGB unter

---

1) Löwe-Rosenberg/Jagusch, StPO-Kommentar I (21) § 311 Anm. 4.

2) Löwe-Rosenberg/Dünnebier, a.a.O. § 126 a Anm. 4a.

3) Allg. Teil des StGB i.d.F. des Zweiten Gesetzes zur Reform des Strafr. vo. 4.Juli 1969 BGBl I 717.

den dort genannten Voraussetzungen widerrufen werden kann, und somit gleichfalls nicht der materiellen Rechtskraft fähig ist.

14. Anordnung der Haft gegen den Schuldner

Unter den Voraussetzungen des § 901 ZPO kann das Gericht auf Antrag gegen den Schuldner Haft anordnen. Gegen den nach § 908 ZPO ergehenden Haftbefehl, der ebenfalls Rechtsprechungsakt i.S.d. Art. 104 GG ist, ist die sofortige Beschwerde gem. § 793 ZPO gegeben, [1] wobei der Fristbeginn umstritten ist. [2] Der Haftbefehl ist folglich der formellen Rechtskraft fähig. Da diese Haft lediglich die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung durch den Schuldner erzwingen soll, ist sie nach Abgabe dieser Versicherung gem. § 902 ZPO sofort aufzuheben. Vor diesem Zeitpunkt ist der Haftbefehl zurückzunehmen bei Einverständnis des Gläubigers oder Rücknahme des Antrages. [3] Daraus folgt, daß auch dieser Haftbefehl nicht der materiellen Rechtskraft fähig ist.

15. Haft gegen den ungehorsamen Zeugen

Nach Maßgabe des § 390 II ZPO kann gegen den ungehorsamen Zeugen Haft angeordnet werden. Gem. Abs. III dieser Vorschrift ist gegen die Haftanordnung Beschwerde zulässig. Da diese unbefristet ist, ist auch dieser Rechtsprechungsakt rechtskraftunfähig.

Ein weiteres Bedenken gegen das Abgrenzungskriterium der materiellen Rechtskraft könnte sich aus den Durchsuchungen nach §§ 102-104 StPO ergeben, deren Anordnungen gem. Art. 13 II GG Rechtsprechungsakte sind. Gegen die Durchsuchungsanordnung ist die einfache Beschwerde gegeben, soweit dadurch die Durchsuchung aufgehalten werden kann; andernfalls kann sie mangels Beschwer nicht angefochten werden. [4] Soweit sie folglich der einfachen Beschwerde unterliegt, ist sie rechtskraftunfähig.
Die vorstehenden Beispiele zeigen, daß die materielle Rechtskraft nicht geeignet ist, judikative Rechtsanwendung von administrativer abzugrenzen.

---

1) Vgl. Deutsche Rechtsprechung IV 427 Bl. 8.

2) KG West in Dt. Rspr. IV 427 Bl.50 für entspr. Anw. der §§ 516, 552 ZPO; OLG Oldenburg in Dt. Rspr. IV 427 Bl. 50.

3) Baumbach-Lauterbach, ZPO-Kommentar (31) § 901, 2.

4) Löwe-Rosenberg/Dünnebier, StPO-Kommentar I (21) § 107 Anm. III 1.

Ein weiterer Einwand gegen diese Theorie ergibt sich aus der Tatsache, daß gerade in der Freiwilligen Gerichtsbarkeit umstritten ist, welche Entscheidungen der materiellen Rechtskraft fähig sind.[1] Durch die Verquickung des ohnehin bereits äußerst umstrittenen Begriffes der rechtsprechenden Gewalt mit dem Abgrenzungskriterium der in der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht minder umstrittenen materiellen Rechtskraft würde der Begriff "rechtsprechende Gewalt" noch weiter verwirrt.
Aus diesen Gründen kann die materielle Rechtskraft für die Ausübung rechtsprechender Gewalt gleichfalls nur Indizwirkung haben, wenn auch eine stärkere als die Streitentscheidung.

13. Theorie: Rechtsprechende Gewalt als das den Rechten gegen den Willen der Verfahrensbeteiligten materielle Rechtskraft verleihende Verfahren

Nach dieser Lehre liegt der Unterschied zwischen judikativer und administrativer Rechtsanwendung darin, daß eine hoheitliche für den Einzelfall ergehende Entscheidung niemals gegen den Willen eines Verfahrensbeteiligten materiell rechtskräftig (oder materiell wirkungskräftig werden kann), es sei denn, daß es sich um einen Akt rechtsprechender Gewalt handelt.[2] Da jedoch die materielle Rechtskraft für den Rechtsprechungsbegriff nur Indizwert hat, führt auch diese Auffassung nicht weiter als die unter 12 behandelte Lehre.

14. Theorie: Die historisch-teleologische Auslegung des Begriffes der rechtsprechenden Gewalt

Diese Theorie legt den Begriff "rechtsprechende Gewalt" zunächst historisch aus, d.h., sie geht davon aus, der Verfassungsgesetzgeber habe durch Art. 92 GG den Richtern die Aufgaben übertragen, die ihnen traditionell übertragen waren. Auf diese Weise habe er den Rechtsprechungsbegriff verfassungsmäßig festgelegt und damit der Disposition des einfachen Gesetzgebers entzogen. Sodann wird

---

1) Vgl. Baur, Freiw. Gerichtsbark. I Allgm. VerfR S. 266/267 mit Angabe der drei Auffassungen u. ihrer Vertreter
a) die materielle Rechtskraft im Grunds. bej. Ansicht
b) die materielle Rechtskraft im Grunds. vern. Auffassung
c) die von Fall zu Fall differenz. Meinung.

2) Bender, Verwaltungsstrafverfahren S. 28.

diese Auslegung teleologisch ergänzt. [1]
Eine Auslegung als Methode der Beseitigung einer Unklarheit innerhalb einer Norm [2] kann jedoch erst in dem Bereich des Begriffes der rechtsprechenden Gewalt beginnen, der grundgesetzlich nicht ausdrücklich definiert, sondern als unbestimmter Rechtsbegriff ausgeprägt ist. Daher ist zunächst der expressis verbis grundgesetzlich festgelegte Bereich der rechtsprechenden Gewalt darzustellen und im Anschluß daran im Wege der Auslegung zu ermitteln, welche Aufgaben das Grundgesetz darüber hinaus dem Funktionsbereich der Rechtsprechung zugeordnet hat.
Zunächst weist das Grundgesetz die Anordnung von Durchsuchungen durch Art. 13 II dem Funktionsbereich der rechtsprechenden Gewalt zu, ebenso gem. Art. 14 III 4 die Entscheidung des Streites über die Höhe der Entschädigung bei Enteignungen; diese Vorschrift gilt gem. Art. 15 S. 2 bei der Sozialisierung entsprechend. Die Feststellung der Verwirkung von Grundrechten ist gem. Art. 18 GG Bestandteil der rechtsprechenden Gewalt. Nach Art. 19 IV GG ist die Entscheidung über jede Rechtsverletzung zu Lasten des Bürgers durch die öffentliche Gewalt der Rechtsprechung zugeordnet, ebenso nach Art. 21 II GG die Feststellung der Verfassungswidrigkeit von Parteien, sowie nach Art. 34 S. 3 GG der Anspruch auf Schadensersatz und der Rückgriff bei der Amtspflichtsverletzung. Ferner ist die Entscheidung über die Beschwerde gegen die Entscheidung des Bundestages zur Wahlprüfung und über den Verlust der Mitglied-

---

1) BVerfG NJW 67,1219 (1220 m.w.N.); Bärmann, Freiw. Gerichtsbark. u. Notarrecht § 5 IV S. 35; Blaesing, Rechtspfl. u. GG in NJW 71,1436 (1437); Haas-Reddig, Steuerstrafen u. Finanzverwaltung in JZ 53, 545; Habscheid, Grundfragen der Freiw. Gerichtsbark. in Rpfleger 57, 164 (166); Steuerstrafen u. GG in MDR 66, 1 (4/5); Der Rechtspfl. in der Gerichtsorganisation in Rpfleger 68, 237 (239); Das neue Rechtspflegergesetz in RpflBl 70, 5 (8); Gossrau, Strafgew. u. Bußgeldkompetenz von Verwaltungsbeh. in NJW 58, 929 (931); Kollhosser, Verfahrensbeteiligte S. 58 m.w.N.; Lent-Habscheid, FG (4) § 5 IV S. 27; Lindacher, Rspr. im Sinne von Art. 92 GG u. FG in Rpfleger 73, 1 ff.; Niese, Beurkundung als Rechtspflegeakt in ZZP 73, 1ff.; OLG Frankfurt in NJW 68, 1942; Pikart-Henn, Lehrbuch der FG S. 2; Scheuner, Aussprache über Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung in VVDStRL 14, 185; Schmidt-Bleibtreu-Klein, GG-Kommentar (2) Art. 92 Anm. 1.

2) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft S. 234.

schaft des Abgeordneten nach Art. 41 II GG rechtsprechende Gewalt, außerdem die Präsidentenanklage gem. Art. 61 GG, sowie gem. Art. 93 GG die Normenkontrollverfahren. Durch die Vorschriften über den Aufbau der Gerichtsbarkeit gibt der Grundgesetzgeber in Art. 95, 96 GG die Gebiete an, die dem Grundsatz nach der rechtsprechenden Gewalt zugeordnet sind. Gem. Art. 98 II, V GG ist die Entscheidung über die Richteranklage Bestandteil rechtsprechender Gewalt, ebenso die Normenkontrolle nach Art. 100 GG. Nach Art. 104 II u. III GG ist jede Anordnung einer Freiheitsentziehung [1] Ausübung rechtsprechender Gewalt, ferner nach Art. 126 GG die Entscheidung über das Fortgelten vorkonstitutionellen Rechts, sowie gem. Art. 132 III GG die Entscheidung in Fragen der Beamtenpensionierung nach Maßgabe des Abs. I dieser Vorschrift. [2]
Durch diese ausdrückliche grundgesetzliche Zuordnung von Aufgaben ist der Funktionsbereich der rechtsprechenden Gewalt nicht erschöpft - andernfalls wäre Art. 92 erster Halbs. GG überflüssig-, so daß der übrige Teilbereich durch Auslegung zu ermitteln ist.

Dabei ist zunächst von der Wortinterpretation auszugehen. Da der Grundgesetzgeber den historischen Begriff "rechtsprechende Gewalt" jedoch nicht übernommen hat, um insoweit eine Gewaltenteilung im Sinne Montesquieus auszudrücken, vgl. S. 17, sondern um eine Abgrenzung der Rechtsprechung als Funktionsbereich vorzunehmen, führt bereits aus diesem Grunde die Wortinterpretation nicht weiter. Daher ist im Wege der historischen Auslegung die Frage zu stellen, welche Aufgabenbereiche der historische Gesetzgeber des Bonner Grundgesetzes durch Art. 92 GG den Richtern zuweisen wollte. Diese Frage kann nur aus den Erfahrungen und der Situation des Parlamentarischen Rates als Grundgesetzgeber heraus beantwortet werden.

"Der Grundgesetzgeber wollte keinen neuen Rechtsprechungsbegriff schaffen. Er wollte vielmehr nach der voraufgegangenen Willkürzeit des dritten Reiches den unabhängigen Gerichten die Materie wieder voll anvertrauen, die ihnen in geschichtlicher Entwicklung zugewachsen war und wollte dies im Interesse des vollen Rechtsschutzes der Bürger verfassungsrechtlich verankern. Dabei

---

1) Zur Definition dieses Begriffes vgl. S. 48.
2) BVerfGE 22, 49 (75) Aufstellung grundgesetzlicher Zuweisungen.

ging der Grundgesetzgeber nicht von einer bestimmten materiellen oder formalen Definition aus, sondern von dem traditionellen Justizbild, wie es sich in Deutschland entwickelt hat." [1] Demzufolge folgert das Bundesverfassungsgericht, [2] daß der Grundgesetzgeber die traditionellen Kernbereiche der Rechtsprechung - bürgerliche Rechtspflege und Strafgerichtsbarkeit der rechtsprechenden Gewalt zugerechnet hat, auch soweit sie im Grundgesetz nicht besonders aufgeführt sind. Bekräftigt werde diese Auffassung durch die Aufzählung der einzelnen Gerichtsbarkeiten in den Art. 95 und 96 GG. Diese Anknüpfung an die herkömmlichen Aufgabenbereiche der eizelnen Gerichtsbarkeiten sei aber nur sinnvoll, wenn zumindest der Kernbereich der herkömmlicherweise den einzelnen Gerichtsbarkeiten übertragenen Aufgaben als Rechtsprechung im materiellen Sinne angesehen werde.

Wegen der grundlegenden Umgestaltung der rechtsprechenden Gewalt gegenüber der Weimarer Reichsverfassung [3], ferner aufgrund der Absicht des Grundgesetzgebers, in Anbetracht der seit der Jahrhundertwende erörterten Justizreform nicht jegliche justizpolitische Flexibilität auszuschließen, weil außerdem eine derartige Globalzuweisung zu starr wäre, um den Besonderheiten des Einzelfalles gerecht zu werden, kann die historische Auslegung nur Indizwert haben und muß teleologisch ergänzt werden.

Diese Auslegungsmethode bedient sich solcher Kriterien, die dem immanenten Sinn eines bestimmten Rechtsinstitutes oder Regelungsbereiches entnommen sind. [4] Art. 92 erster Halbs. GG ist daher - unter Berücksichtigung des der rechtsprechenden Gewalt traditionell zugeordneten Aufgabenbereiches - von der Bedeutung der rechtsprechenden Gewalt im Grundgesetz her, insbesondere unter Beachtung der ausdrücklichen grundgesetzlichen Zuweisungen auszulegen.

Das Bonner Grundgesetz hat die Rechtsprechung als zentrale Kontrollinstanz gegenüber der Legislative und der Exekutive ausgestaltet.

---

1) Bärmann, Freiw. Gerichtsbarkeit u. Notarrecht S. 35.
2) BVerfGE, 22, 49 (77/78).
3) Vgl. Seite 22 - 26.
4) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft S. 253/254.

Die grundgesetzlichen ausdrücklichen Zuweisungen an die rechtsprechende Gewalt sind ausnahmslos dadurch gekennzeichnet, daß sie entweder für die Allgemeinheit (z.B. Normenkontrollverfahren und Präsidentenanklage) oder für den einzelnen Staatsbürger (z.B. Durchsuchungen, Freiheitsentziehungen) von besonderer Bedeutung sind. [1]

Diese Grundsätze sind auf den durch Art. 92 erster Halbs. GG zugewiesenen Teilbereich zu übertragen. Dabei ist in jedem einzelnen Fall zu überprüfen, wie einschneidend die hoheitliche Entscheidung die Rechtsstellung der Beteiligten beeinflußt. [2]

Dagegen gehören die zahlreichen Verwaltungsaufgaben, die den Gerichten aufgrund des sachlichen Zusammenhanges mit Rechtsprechungsaufgaben zugewiesen sind, nicht zur rechtsprechenden Gewalt, [3] die den Richtern anvertraut ist.

In Anwendung dieser Auslegungskriterien auf die Streitentscheidung ergibt sich:

> alle Streitentscheidungen, die traditionell der rechtsprechenden Gewalt zugeordnet waren, stellen auch rechtsprechende Gewalt im Sinne des Art. 92 GG dar, es sei denn, daß sie im Einzelfall die Rechtsstellung der Beteiligten in so geringem Maße beeinflussen, daß eine solche Zuweisung nach der ratio legis des Art. 92 GG nicht angenommen werden kann.

Bezüglich der Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten vermögensrechtlicher Art ist in diesem Zusammenhang auch die Bedeutung des Art. 14 GG zu berücksichtigen. Dieses Grundrecht schützt jede vermögenswerte Rechtsposition ohne Rücksicht auf die Höhe des Wertes. [4] Eine Enteignung ist nur unter den engen Voraussetzungen des Abs. III dieser Vorschrift und nur gegen Entschädigung zulässig. Der Vermögenssphäre wird eine so erhebliche Bedeutung beigemessen, daß der Schutz gegen staatliche Eingriffe bezüglich der Höhe der Entschädigung durch Art. 14 III 3 GG ausdrücklich der rechtsprechenden Gewalt zugeordnet ist. Somit stellen auch die dem Rechtspfleger gem. § 53 a FGG, § 3 Nr. 2a i.V.m.

---

1) Vgl. Bärmann, Freiw. Gerichtsbarkeit u. Notarrecht S. 35.

2) Vgl. statt aller Baur, Der Begriff der Rspr. u. die freiw. Gerichtsbark. in DNotZ 55, 507 (519).

3) BVerfGE 22, 49 (78).

4) Vgl. Stein, Lehrbuch des Staatsrechts S. 155.

§ 14 RPflG übertragenen in §§ 1382 I, III, IV, VI, 1383 I BGB enthaltenen Streitentscheidungen Ausübung rechtsprechender Gewalt dar. [1]

Weiterhin ist zu untersuchen, ob die Änderung der Unterhaltsgewährung nach § 1612 II 2 BGB rechtsprechende Gewalt darstellt. Da hier der Unterhaltsanspruch feststeht, der vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung also lediglich das Recht unterliegt, zu bestimmen, in welcher Art und für welche Zeit im voraus der Unterhalt gewährt werden soll, ist zunächst zu prüfen, ob es sich um eine Streitentscheidung vermögensrechtlicher Art handelt. Eine vermögensrechtliche Streitentscheidung ist auch dann zu bejahen, wenn der Rechtsstreit auf einem vermögensrechtlichen Rechtsverhältnis beruht, der prozessuale Anspruch aber nicht auf eine Leistung in Geld oder Geldwert gerichtet ist, sondern auf Feststellung oder Gestaltung geht. [2] Nach dieser Definition ist die Änderung der Unterhaltsgewährung rechtsprechende Gewalt. Diese Entscheidung war bei Erlaß des Grundgesetzes dem Richter übertragen, [3] stellt also nach historischer Auslegung rechtsprechende Gewalt dar. Daher ist nunmehr zu untersuchen, ob die teleologische Auslegung hiervon eine Abweichung ergibt. Die Entscheidung nach § 1612 II 2 BGB berührt zwei Rechtssphären: die des Unterhaltsverpflichteten sowie die des Unterhaltsberechtigten. Da die von den Eltern als Unterhaltsverpflichteten getroffene Bestimmung geändert werden kann, hat die Entscheidung insoweit rechtsgestaltende Wirkung und betrifft unmittelbar die Vermögenssphäre, die sehr einschneidend beeinträchtigt werden kann. Art und Zeitraum der Leistung im voraus können von ganz erheblicher Bedeutung sein. Es ist ein großer Unterschied, ob der Unterhalt z.B. laufend und zum überwiegenden Teil in Naturalien gewährt werden kann oder im voraus durch Geldrente zu leisten ist. In gleicher Weise einschneidend wird die Vermögensshäre des Unterhaltsberechtigten betroffen. Die rechtsgestaltende Wirkung

---

1) Diese Entscheidung war ursprünglich dem Rechtspfleger entzogen; vgl. § 12 Nr. 18a RPflG i.d.F. vom 8. Februar 1957 BGBl I 18 ber. 44.

2) Vgl. statt aller Thomas-Putzo, ZPO-Kommentar (5) Einl. IV.

3) Vgl. den Richtervorbehalt in § 12 Buchstabe m des Entwurfes des Zentraljustizamtes in der Britischen Zone für eine Rechtspflegeverordnung in Reichel, Stellung des Rechtspflegers S. 104.

dieser Entscheidung berührt daher die Vermögenssphäre der Betroffenen so beträchtlich, daß auch diese Streitentscheidung als Ausübung rechtsprechender Gewalt zu qualifizieren ist. Ferner ist zu überprüfen, ob die Entscheidung nach § 1246 II BGB dem Funktionsbereich rechtsprechender Gewalt zugeordnet ist. Im vorliegenden Falle ist Streitgegenstand das Recht, die von §§ 1235-1240 BGB abweichende Art des Pfandverkaufs zu bestimmen. Deshalb handelt es sich um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit vermögensrechtlicher Art. Diese Streitentscheidung wirkt durch Festsetzung der Art des Pfandverkaufs rechtsgestaltend. Sie kann gleichfalls erhebliche Auswirkungen für die Vermögenssphäre der Beteiligten haben, so daß insoweit die für die Änderung der Unterhaltsgewährung gezogenen Schlußfolgerungen hier entsprechend gelten.[1)]

Die Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten nichtvermögensrechtlicher Art können die verschiedensten Rechtspositionen der Beteiligten betreffen; es ist deshalb in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die Entscheidung rechtsprechende Gewalt darstellt oder ob die teleologische Auslegung Abweichungen von der historischen ergibt. Die Vielzahl dieser Streitentscheidungen läßt es nicht zu, jede dieser Entscheidungen dahin zu überprüfen, ob sie unter den Begriff der rechtsprechenden Gewalt subsumiert werden kann. Daher soll die Überprüfung auf die de lege lata dem Rechtspfleger übertragenen Streitentscheidungen beschränkt werden. Als Streitentscheidungen nichtvermögensrechtlicher Art sind die Ermächtigungen zur Berufung der Mitgliederversammlung des Vereins gem. § 37 BGB sowie zur Berufung der Generalversammlung der Genossenschaft gem. § 45 III GenG zu überprüfen. Beide Entscheidungen wirken rechtsgestaltend, haben aber keine mittelbaren Auswirkungen auf die Vermögenssphäre des Vereins bzw. der Genossenschaft. Solche mittelbaren Auswirkungen können erst die Entscheidungen der Mitgliederversammlung des Vereins bzw. der Generalversammlung der Genossenschaft haben. Sie können daher insofern den Streitentscheidungen vermögensrechtlicher Art nicht gleichgestellt werden und daher nicht unter diesem Gesichtspunkt dem Funktionsbereich rechtsprechender Gewalt zugeordnet werden. Die Einberufung

---

1) Hinsichtlich der historischen Zuordnung zur rechtsprechenden Gewalt vgl. Reichsentlastungsverfügung vom 3. Juli 1943 DJ 43,339.

der Mitgliederversammlung bzw. der Generalversammlung ist aber Voraussetzung für die Ausübung der Rechte nach § 32 BGB bzw. § 43 GenG. Beide Ermächtigungen stellen daher einen erheblichen Eingriff in die Rechtsstellung des Vereins und seiner Mitglieder bzw. der Genossenschaft und ihrer Genossen dar. Aus diesem Grunde sind beide Streitentscheidungen dem Funktionsbereich rechtsprechender Gewalt zugeordnet. [1)]

Weiterhin ist zu untersuchen, ob die Abberufung der Liquidatoren der OHG gem. § 147 HGB sowie der KG nach §§ 161 II, 147 HGB durch gerichtliche Entscheidung dem Funktionsbereich rechtsprechender Gewalt verfassungsrechtlich zwingend zugeordnet ist. [2)]

In Anbetracht der sehr weitgehenden Rechte und Pflichten der Liquidatoren nach § 149 HGB stellt die Entscheidung einen so erheblichen Eingriff in die Rechtsstellung der Gesellschafter und auch der Liquidatoren dar, daß sie als rechtsprechende Gewalt zu qualifizieren ist.

Schließlich ist noch zu prüfen, ob die gerichtliche Anordnung hinsichtlich der Kontrollrechte des stillen Gesellschafters gem. § 338 III HGB und des Kommanditisten gem. § 166 III HGB rechtsprechende Gewalt darstellt. [3)] Gemäß dieser Anordnung ist dem stillen Gesellschafter bzw. dem Kommanditisten die Bilanz mitzuteilen oder sonstige Aufklärung zu gewähren sowie Vorlage von Büchern und Papieren zu leisten. Hierdurch wird dem stillen Gesellschafter bzw. dem Kommanditisten die Möglichkeit eingeräumt, bei Existenz wichtiger Gründe jederzeit die Geschäftslage zu überprüfen, um aufgrund dieser Überprüfung gegebenenfalls entsprechend über die Einlage verfügen zu können. Dieses Kontroll- und Informationsrecht ist also wichtige Voraussetzung für eine richtige Vermögensdisposition. Aus der Sicht des betroffenen Handelsgeschäfts ist der Eingriff in dessen Rechtssphäre weniger einschneidend; es hat kein rechtlich schutzwürdiges Interesse daran, dem stillen Gesellschafter bzw. Kommanditisten für seine Entscheidungen wichtige Informationen vorzuenthalten. Arbeitsmäßig belastet es die Gewährung der Information nicht entscheidend, da die jederzeitige Informationspflicht nur bei wichtigen Gründen aufgrund gerichtlicher

---

1), 2), 3) Vgl. Fußnote Seite 60.

Entscheidung besteht und sich so in engen Grenzen hält. Bei unterschiedlicher Bedeutung der Entscheidung für die Betroffenen ist für die Beantwortung der Frage, ob rechtsprechende Gewalt ausgeübt wird, auf die Interessenlage desjenigen abzustellen, dessen Rechtssphäre am einschneidensten betroffen wird, also auf die des stillen Gesellschafters bzw. des Kommanditisten. Daher ist auch diese Streitentscheidung als Ausübung rechtsprechender Gewalt zu werten.

6. Abschnitt: Der Rechtspfleger als Richter im Sinne des Art.92 GG ?

Aus vorstehender Abgrenzung des Funktionsbereichs der rechtsprechenden Gewalt ergibt sich, daß gegen die Zuweisung solcher echter Streitsachen an den Rechtspfleger, deren Entscheidung keine Ausübung rechtsprechender Gewalt darstellt, aus Art. 92 erster Halbs. GG keine Bedenken bestehen. Die Beantwortung der Frage, ob die übrigen echten Streitentscheidungen gleichfalls dem Rechtspfleger zugewiesen werden können, hängt zunächst davon ab, ob der Rechtspfleger Richter im Sinne des Art. 92 erster Halbs. GG ist.

Diese Untersuchung muß mit der Darstellung der Voraussetzungen des Richterbegriffes beginnen. Im Anschluß daran ist dann zu prüfen, ob der Rechtspfleger diese Voraussetzungen erfüllt.

A. Die Voraussetzungen des Richterbegriffes

Die unabdingbaren Wesensmerkmale des Richters sind abhängig von der Art des Richterbegriffes in Art. 92 GG. Wie bereits auf Seite 16 ausgeführt, konkretisiert diese Vorschrift Art. 20 II GG hinsichtlich der rechtsprechenden Gewalt. Der Richter ist somit das Organ, durch das die rechtsprechende Gewalt ausgeübt wird. [1] Richterliche Wesensmerkmale sind daher die Erfordernisse, die eine Ausübung rechtsprechender Gewalt im Sinne des Art. 20 II GG erst ermöglichen.

---

1) BVerwGE 1, 4 (8); Arndt, Richter, Gericht u. Rechtsweg in der Reichsverf. in AöR 60, 183 ff.; Hauptausschuß des Parlamentarischen Rates 50. Sitzung Dr. Strauß S. 665.

I. Die Staatlichkeit

Erstes Wesensmerkmal des Rechtsprechungsorgans "Richter" ist die Staatlichkeit. [1] Da die Ausübung der Staatsgewalt innerhalb ihres dritten Funktionsbereiches durch die Richter erfolgt, muß die Errichtung der Gerichte als Institutionen, durch die die Richter Recht sprechen, auf staatlicher Vorschrift beruhen. [2] Der Staat muß weiter bei ihrer Besetzung mitwirken; andernfalls ist das Gericht nicht aus der einheitlichen Staatsgewalt legitimiert, seine "Richter" sind keine Richter im Sinne des Art. 92 GG.
Aus diesem Grunde sind z.B. die Vereinsgerichte keine Gerichte im Sinne des Art. 92 GG. Sie beruhen auf Vereinssatzungen, die ihrerseits wiederum auf der in § 25 BGB geregelten Satzungsautonomie basieren. Hinsichtlich der Besetzung der Vereinsgerichte besteht auch kein staatlicher Einfluß, vielmehr erfolgt sie durch das in der Satzung bestimmte Gremium.
Gleiches gilt für die Schiedsgerichte nach §§ 1025 ff. ZPO, da die Einsetzung solcher Gerichte durch privatrechtlichen Schiedsvertrag erfolgt und, soweit darin keine Ernennung des Schiedsrichters enthalten ist, diese gem. § 1028 ZPO durch die Parteien vorgenommen wird.
Ebenso sind die Betriebsgerichte, deren Zulässigkeit äußerst umstritten ist, [3] keine Gerichte im Sinne des Art. 92 GG. Ihre Rechtsgrundlage ist, soweit ihre Zulässigkeit bejaht wird, die Arbeitsordnung, [4] die ihrerseits auf § 87 I Nr. 1 BetrVG [5] gestützt wird; ein staatlicher Einfluß auf die Besetzung der

---

1) BVerfGE 4, 74 (92); Bettermann, Das Gerichtsverfassungsr. in der Rspr. des BVerfG in AöR 92, 496 (538); Holtkotten, BK Art. 92 II 1b; Kapust, Die Rechtsst. der Seeämter u. des Bundesoberseeamtes Jur. Diss. Kiel 1954 S. 46; Löwe-Rosenberg, StPO-Kommentar II (21) vor § 1 Anm. 2.

2) Erforderlich ist ein Gesetz im formellen Sinne, vgl. Kern, Zur Frage der akademischen Disziplinargerichte in DÖV 54, 675 (676).

3) Vgl. Baur, Betriebsjustiz in JZ 65, 163/164 mit Hinweisen in Fußnoten 5-9.

4) Baur, a.a.O. S. 163.

5) 15. Januar 1972 BGBl I S. 13.

Betriebsgerichte besteht nicht.

II. Die Ausübung der rechtsprechenden Gewalt durch die Gerichte des Bundes und der Länder

Gem. Art. 92 zweiter Halbs. GG sind die Institutionen, durch die die Richter Recht sprechen, das Bundesverfassungsgericht, die im Grundgesetz vorgesehenen Bundesgerichte und die Gerichte der Länder; eine Ausübung rechtsprechender Gewalt durch Gerichte der Gemeinden, anderer Gebietskörperschaften oder sonstiger juristischer Personen des öffentlichen Rechts ist ausgeschlossen. [1] Dennoch hat das Bundesverfassungsgericht die Zulässigkeit solcher Gerichte anerkannt, [2] teilweise mit der Begründung, die Staatlichkeit sei gewährleistet, wenn Rechtsprechungsgewalt des Staates ausgeübt werde. Diese Problematik soll hier jedoch nicht weiter verfolgt werden, da sie die Frage, ob der Rechtspfleger Richter im Sinne des Art. 92 GG ist, nicht berührt.

III. Die Inkompatibilität

Weiteres unabdingbares Wesensmerkmal des Richters ist die Inkompatibilität im Bezug auf Ämter im Bereich der Legislative und der Exekutive, [3] vgl. § 4 DRiG. [4]
Dieses Erfordernis enthält bereits die Terminologie des Gesetzes in Art. 20 II GG durch die Verwendung des Begriffes "besondere Organe". Weiterhin könnte die grundgesetzliche Ausgestaltung der Judikative als zentrale Kontrollinstanz die Inkompatibilität erfordern. Eine wirksame und objektive Kontrolle der Legislative und Exekutive durch die Rechtsprechung kann nur erreicht werden, wenn die Rechtsprechungsorgane nicht gleichzeitig Ämter dieser kontrollierten Funktionen ausüben; andernfalls würden schwere Interessen- und Pflichtenkollisionen auftreten, die die ange-

---

1) So auch Bettermann, Das Gerichtsverfassungsr. in der Rspr. des BVerfG in AöR 92, 496 ff. (539).

2) Vgl. BVerfGE 4, 74 (92); 18, 241 (253); 27, 312 (320); 27, 355 (362).

3) BVerfGE 18, 241 (257); Bettermann, Das Gerichtsverfassungsr. in der Rspr. des BVerfG in AöR 92, 496 (535).

4) 19. April 1972 BGBl I S. 713.

strebte Überwachung erheblich erschwerten, wenn nicht gar unmöglich machten. Aus dieser Feststellung könnte gefolgert werden, daß die dem Richter zugewiesenen Aufgaben der Justizverwaltung, wie z.B. die Führung der verschiedenen Register, ferner die richterliche Rechtsschöpfung, im Widerspruch zur Inkompatibilität stehen. Diese Argumentation würde jedoch die Funktion der Inkompatibilität zu weit ausdehnen. Durch sie soll lediglich eine Beeinträchtigung der Kontrolle von Legislative und Exekutive verhindert werden. Die dem Richter zugewiesenen Verwaltungsaufgaben stehen aber in engem Sachzusammenhang mit der Rechtsprechung und tragen deshalb schon von der Materie her nicht die Gefahr solcher Beeinträchtigungen in sich.[1] Außerdem ist der Umfang dieser Zuweisungen im Vergleich zum gesamten Funktionsbereich der Exekutive so gering, daß auch insoweit gegen diese Zuweisungen keine Bedenken bestehen im Sinne einer Aushöhlung der Exekutive.
Ebenso steht die richterliche Rechtsschöpfung nicht im Widerspruch zur Inkompatibilität. Richterliche Rechtsschöpfung erstreckt sich, wie oben bereits ausgeführt, nur auf die Ausfüllung der Gesetzeslücke in dem zur Entscheidung anstehenden Einzelfall. Sie ist zudem eine zwingende Folge der Justizgewährungspflicht des Staates. Der Richter übt folglich insoweit kein Amt der Legislative aus. Die Inkompatibilität des Richteramtes ist daher de lege lata gewährleistet.

IV. Die Neutralität

Jeder richterlichen Tätigkeit ist immanent, daß sie von einem nicht beteiligten Dritten ausgeübt wird, [2] also neutral ist. Diese Neutralität erfordert zunächst die Parteiunabhängigkeit, die gewährleistet wird durch die Vorschriften über den iudex inhabilis und den iudex suspectus, vgl. §§ 41-49 ZPO, 22-30 StPO, 54 VwGO, 51 FGO, [3] 60 SGG [4], 49 ArbGG [5] und §§ 18,19 BVerfGG.

---

1) Vgl. § 4 Satz 2 EGGVG vom 27. Januar 1877 (RGBl S. 77) in der Fassung vom 26. Mai 1972 (BGBl I S. 841).

2) BVerfGE 3,381/382; 4,346; 14,69; 18,255; 21,145/146; Bettermann, Das Gerichtsverfassungsr. in der Rspr. des BVerfG in AöR 92, 496 (506).

3) 6. Oktober 1965 BGBl I S. 1477 i.d.F. vom 25. Juni 1969 BGBl I S. 645.

4) 3. September 1953 BGBl I S. 1239, 1326.

5) 3. September 1953 BGBl I S. 1267 i.d.F. vom 26. Mai 1972 BGBl I S. 841.

Für den Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt § 6 FGG; er kennt die Ausschließung ex lege und die Selbstablehnung wegen Befangenheit.
Den früheren Abs. II Satz 2 "die Ablehnung eines Richters ist ausgeschlossen", hat das Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt, "weil auch die Ablehnungsmöglichkeit ein selbstverständlicher und unentbehrlicher Bestandteil der Gerichtsverfassung ist" und "ein Merkmal der besonderen Stellung des Richters bildet." [1] Während der erste Teil dieser Aussage Zustimmung verdient, kann dem zweiten Teil nicht gefolgt werden. Zwar ist die Ablehnungsmöglichkeit Wesensmerkmal der Richterqualität, jedoch keinesfalls Merkmal der besonderen Stellung des Richters, da auch Verwaltungsbeamte durch die Verfahrensbeteiligten ablehnbar sein müssen. [2]
"Die Eigenart der richterlichen oder gerichtlichen Neutralität liegt vielmehr darin, daß sie auch den Staat erfaßt, in dessen Namen Recht gesprochen oder gepflegt wird." [3] Während der rechtsprechende Staat am Verfahren nicht beteiligt, also unparteiischer Dritter ist, entscheidet der verwaltende Staat im Verwaltungsakt in eigener Sache und nimmt öffentliche Interessen wahr, die er repräsentiert. [4]
Außerdem wird dem Bundesverfassungsgericht teilweise darin widersprochen, daß in dem gesetzlichen Ausschluß der Fremdablehnung ein Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG liege. [5]
Diese Auffassung wird damit begründet, nur der iudex inhabilis sei, weil gesetzlich ausgeschlossen, nicht mehr der gesetzliche Richter, der iudex suspectus dagegen sei gesetzlicher Richter, der allenfalls durch begründete Ablehnung ungesetzlich werde. Eine solche Differenzierung wird jedoch der Funktion des Art. 101 I 2 GG nicht gerecht. Nach dieser Vorschrift darf niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Daraus folgt im Umkehrschluß, daß jeder das Recht haben muß, sich einem ungesetzlichen Richter, ganz

---

1) BVerfGE 21, 139.
2) Bettermann, Das Gerichtsverfassungsr. in der Rspr. des BVerfG in AöR 92, 496 (506).
3)4) Bettermann, a.a.O. S. 506/507.
5) Bettermann, a.a.O. S. 507; Die Grundrechte III S. 527.

gleich aus welchem Grunde er ungesetzlich ist oder geworden ist, zu entziehen, und zwar durch Ablehnung dieses Richters. Weiterhin wird gegen das Erfordernis der Ablehnungsmöglichkeiten vorgebracht, gemäß dem Grundsatz, daß niemand Richter in eigener Sache sein darf, sei ein Richter, der am Ausgang des Rechtsstreites auch nur mittelbar sachlich interessiert sei, zur Selbstablehnung verpflichtet. Daher sei eine Ablehnungsmöglichkeit durch die Parteien nicht erforderlich; diese könnten die unterlassene Selbstablehnung durch Anfechtung der Hauptentscheidung rügen. [1] Dabei wird verkannt, daß die Anfechtung der Hauptentscheidung gegenüber der Ablehnung des Richters kein gleichwertiger Rechtsschutz ist. Die prozessuale Erfahrung zeigt, daß es leichter ist, durch Ablehnung des Richters eine fehlerfreie Entscheidung zu erlangen, als nach Maßgabe der Rechtsmittelverfahren die einmal gefällte Entscheidung zu Fall zu bringen; die Rechtsmittelinstanz kann leicht durch das Ergebnis der Vorinstanz vorbelastet werden. Außerdem spricht auch die Prozeßökonomie gegen diese Ansicht. Zusammenfassend kann somit zur richterlichen Neutralität festgestellt werden, daß sie aus der Parteiunabhängigkeit und der Unabhängigkeit vom Staat besteht; ihre verfahrensrechtlichen Sicherungsmittel sind die Ablehnung des iudex inhabilis aut suspectus ex lege, die Selbstablehnung und die Fremdablehnung.

V. Die sachliche Unabhängigkeit als verfassungsrechtliche Sicherung richterlicher Neutralität

Das Kernstück der verfassungsrechtlichen Sicherungsmittel richterlicher Neutralität ist gem. Art. 97 I GG die sachliche Unabhängigkeit. [2] Diese besteht aus drei Elementen: der Freiheit von Weisungen, der Handlungsfreiheit und der Verantwortungsfreiheit.

Der Richter kann überhaupt nur in vorstehendem Sinne neutral sein, wenn er keinen Weisungen unterliegt, vgl. §§ 25 bzw. 45 I 1 DRiG für Berufs- bzw. Laienrichter.

---

1) Bettermann, Das Gerichtsverfassungsr. in der Rspr. des BVerfG in AöR 92, 496 (507).

2) Unabhängigkeit kann sowohl in sachlicher als auch in persönlicher Hinsicht bestehen. Da Art. 97 II GG jedoch die persönliche Unabhängigkeit besonders regelt, kann in Abs. I nur die sachliche gemeint sein.

Gegen die Auffassung von der sachlichen Unabhängigkeit als Freistellung von Weisungen im Bereich der richterlichen Tätigkeit könnte jedoch sprechen, daß das geltende Recht zahlreiche Fälle kennt, in denen auch ein Richter an Entscheidungen und Rechtsauffassungen anderer Gerichte gebunden ist.
So ist gem. § 565 II ZPO das Berufungsgericht im Falle der Zurückverweisung an die rechtliche Beurteilung, die der Aufhebung des Berufungsurteils durch das Revisionsgericht zugrundegelegt worden ist, bei erneuter Entscheidung gebunden. Derselbe Grundsatz gilt gem. § 358 I StPO für die Revision in Strafsachen. Für die Revision im arbeitsgerichtlichen Verfahren erklärt § 72 III ArbGG den § 565 II ZPO für entsprechend anwendbar. § 144 VI VwGO stellt diesen Grundsatz für die verwaltungsgerichtliche Revision auf, § 170 SGG im sozialgerichtlichen Verfahren und § 126 V FGO im finanzgerichtlichen Verfahren. [1)]
Ferner bestehen Bindungen an Verweisungsbeschlüsse gem. § 276 II 2 ZPO (Verweisung bei örtlicher oder sachlicher Unzuständigkeit), § 506 II ZPO (bei nachträglicher sachlicher Unzuständigkeit), § 697 I ZPO (Verweisung an das Landgericht) gem. § 270 I u. III StPO (Verweisung an ein höheres zuständiges Gericht durch das Berufungsgericht), § 348 StPO (Verweisung an das zuständige Revisionsgericht), § 355 StPO (Verweisung an das zuständige Gericht durch das Revisionsgericht).
Neben diesen Bindungen an Verweisungen innerhalb desselben Rechtsweges bestehen auch zahlreiche Bindungen an Entscheidungen darüber, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist, ferner an Verweisungen von Rechtsweg zu Rechtsweg.
Gem. § 17 I 2 GVG kann ein anderes Gericht in derselben Sache seine Zuständigkeit nicht deshalb verneinen, weil es den ordentlichen Rechtsweg für gegeben hält, wenn zuvor ein ordentliches Gericht den zu ihm beschrittenen Rechtsweg rechtskräftig für unzulässig erklärt hat.
Umgekehrt ist gem. § 17 II GVG ein ordentliches Gericht an die Entscheidung eines Gerichts der allgemeinen Verwaltungs-, der Finanz- oder der Sozialgerichtsbarkeit gebunden, die den zu dem

---

1) Vgl. Theilacker, Friedensgerichtsbarkeit und Rechtspfleger S. 133 Fußn. 4.

betreffenden Gericht beschrittenen Rechtsweg zuvor rechtskräftig für zulässig oder unzulässig erklärt hat.
Diese Grundsätze normieren § 41 I 2 und II VwGO für den verwaltungsgerichtlichen Rechtsweg, § 34 I 2 und II FGO für den Rechtsweg vor den Finanzgerichten und § 52 I 2 und II SGG für den sozialgerichtlichen Rechtsweg, § 48a I 2 und II ArbGG für den Rechtsweg vor den Arbeitsgerichten.
Im Verhältnis der ordentlichen Gerichte und der Arbeitsgerichte zueinander gilt gem. § 48 I ArbGG die Bindung nach § 11 ZPO. Danach ist die rechtskräftige Erklärung der Unzuständigkeit für das Gericht, bei dem die Sache später anhängig wird, bindend. Gem. §§ 17 III 1 GVG, 48 III 1 ArbGG, 41 III 1 VwGO, 34 III 1 FGO, 52 III 1 SGG verweist das Gericht, das den zu ihm beschrittenen Rechtsweg nicht für gegeben hält, in dem Urteil, in dem es den Rechtsweg für unzulässig erklärt, zugleich auf Antrag des Klägers die Sache an das Gericht des ersten Rechtszuges, zu dem es den Rechtsweg für gegeben hält. Im Falle einer solchen Verweisung ist die eintretende Bindung des Gerichts, an das verwiesen wird, absolut. Das Gericht kann weder zurückverweisen, noch an das Gericht einer anderen Gerichtsbarkeit weiterverweisen. [1] Diese absolute Bindung folgt aus der Funktion der Verweisungsmöglichkeit, die darin besteht, negative Kompetenzkonflikte auszuschließen. Jede Zurückverweisung oder Weiterverweisung könnte aber einen neuen negativen Kompetenzkonflikt auslösen und steht somit im Widerspruch zur ratio legis der oben genannten Vorschriften. [2]
Die abweichende Ansicht, die eine Zurückverweisung bzw. Weiterverweisung für zulässig erachtet, mutet dem Rechtsschutz suchenden Bürger zu, sich unter Umständen wiederholt auf einen anderen Rechtsweg verweisen zu lassen, bevor er eine Entscheidung in der Sache selbst erlangen kann. Diese Auffassung führt somit zu einer Erschwerung des Rechtsschutzes und ist deshalb abzulehnen. [3] Der

---

1)2) Vgl. Ule, Verwaltungsprozeßrecht (4) S. 39.

3) Bezüglich der Zurückverweisung nur BVerwG DVBl 1964, 764 ff. im übrigen unstreitig unzulässig; hinsichtlich der Weiterverweisung vgl. v. Brauchitsch/Ule Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder Bd. I 2. Halbbd. Anm. III 3 zu § 41 m.w.N.

Umfang der absoluten Bindung erstreckt sich jedoch nur auf den Rechtsweg, nicht auch auf die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts, an das verwiesen worden ist.
Aufgrund dieser Bindungen könnte nun gefolgert werden, daß die sachliche Unabhängigkeit des Richters nur im Verhältnis der Judikative zur Legislative und zur Exekutive, nicht dagegen im Bereich der Judikative selbst gelte. [1] Eine solche Begrenzung der Weisungsfreiheit des Richters auf die Funktionsbereiche der Legislative und Exekutive wäre jedoch mit Art. 97 I GG nicht zu vereinbaren und entspricht auch nicht dem geltenden Recht. Sie ermöglichte eine solch starke Einflußnahme auf den Einzelfall, daß die sachliche Unabhängigkeit weitgehend ausgehöhlt würde.
Bei den Bindungen innerhalb desselben Rechtsweges handelt es sich um eine stufenweise Erledigung des Rechtsstoffes durch mehrere Gerichte. [2] Das Gericht entscheidet folglich mit Ausnahme des in § 565 II ZPO geregelten Falles in der Sache selbst, erteilt aber einem anderen Gericht keine Weisungen. Deshalb wirkt die Bindung auch nur bezüglich der Entscheidung in demselben Rechtsstreit oder in einem anderen Rechtsstreit mit demselben Streitgegenstand, [3] erstreckt sich aber nicht auf alle rechtlich gleich liegenden Fälle. Der Streitgegenstand als Wesensmerkmal der Einzelfallentscheidung bildet folglich die äußerste Grenze der Bindungswirkung. Gegen eine derartige stufenweise Erledigung einer Rechtssache ergeben sich daher aufgrund der sachlichen Unabhängigkeit im Sinne des Art. 97 I GG keine Bedenken. [4]
Die Bindung des Berufungsgerichts an die Rechtsauffassung des Revisionsgerichts gem. § 565 II ZPO beruht lediglich darauf, daß das Revisionsgericht nur über Rechtsfragen entscheidet, jedoch nicht den Sachverhalt aufklärt. Da es insoweit nicht entscheidungsbefugt ist, kann es keine endgültige Entscheidung treffen, sondern muß die Sache an das Berufungsgericht zurückverweisen, das nach

---

1) BVerfGE 12, 67 (71); Bettermann, Die Unabh. der Gerichte u. der ges. Richter in Grundr. III 2. Halbbd. S. 523 (531,536).

2) Rosenberg, Lehrb. des Dt. Zivilprozeßr. (8) S. 94; Theilacker, Friedensgerichtsb. u. Rechtspfl. S. 134.

3) So auch Theilacker, a.a.O. S. 134.

4) Theilacker, a.a.O.S. 134 m.w.N. in Fußn. 4.

weiterer Aufklärung des Sachverhaltes unter Beachtung der Rechtsauffassung des Revisionsgerichts entscheidet. Auch in diesem Fall liegt eine stufenweise Erledigung der Rechtssache durch das Revisionsgericht und das Berufungsgericht vor, die mit Art. 97 I GG vereinbar ist.

Im Gegensatz zu den vorstehend genannten stufenweisen Erledigungen der Rechtssache innerhalb desselben Rechtsweges können die Bindungen an Entscheidungen darüber, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist, ferner an die Verweisungen von Rechtsweg zu Rechtsweg nicht als Entscheidung in der Sache selbst angesehen werden. In diesen Fällen ergeht gerade nicht eine Teilentscheidung durch eine der innerhalb dieses Rechtsweges bestehenden Instanzen, sondern als selbständige Vorentscheidung die Feststellung über die Zulässigkeit des Rechtsweges; sodann erfolgt innerhalb des zulässigen Rechtsweges das gesamte Verfahren nach den Grundsätzen der entsprechenden Verfahrensordnung.

Vorstehend bezeichnete Entscheidungen stellen daher eine echte Weisung dar, so daß ihre Vereinbarkeit mit Art. 97 I GG gesondert zu überprüfen ist. Die Funktion der Bindung an diese Entscheidungen besteht, wie oben bereits ausgeführt, darin, negative Kompetenzkonflikte zu vermeiden. Würden sich solche Kompetenzkonflikte in Gestalt von Weiter- und Zurückverweisungen bezüglich eines Streitgegenstandes wiederholen, so würde der Rechtsschutz erheblich verzögert und erschwert, möglicherweise in Extremfällen illusorisch, so daß der Tatbestand der Rechtsverweigerung vorläge. Ein solches Ergebnis wäre jedoch in Anbetracht des Justizmonopols des Staates und dessen Kehrseite, der Justizgewährungspflicht, untragbar. Gegenüber dieser eminenten Bedeutung der Bindungen für den Rechtsschutz ist die durch sie bewirkte Beeinträchtigung der sachlichen Unabhängigkeit des Richters minimal. Die jeweilige Bindung erstreckt sich auch hier nur auf den konkreten Rechtsstreit, nicht aber auf rechtlich gleich liegende Fälle. Daher ist diese geringe Einschränkung der sachlichen Unabhängigkeit in diesem Ausnahmefall gerade im Interesse der Funktion der dritten Gewalt als zentrale Kontrollinstanz als mit Art. 97 I GG in Einklang stehend anzusehen.

Außer diesen, sich auf den jeweiligen Einzelfall erstreckenden Bindungen haben generelle Bindungswirkungen nur bestimmte

Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, der Staats- und Verfassungsgerichtshöfe der Länder und der Oberverwaltungsgerichte (vgl. die Gesetzeskraft der Entscheidungen gem. §§ 31 II, 13 Nr. 6, 11 BVerfGG; §§ 13 Nr. 6, 26 II VGHG NW [1] und die Allgemeinverbindlichkeit gem. § 31 I BVerfGG, §§ 13 Nr. 7, 26 I VGHG NW und § 47 VwGO), hinsichtlich letzterer Vorschrift ergibt sich die Allgemeinverbindlichkeit aus dem Wesen der abstrakten Normenkontrolle. [2]

Die Gesetzeskraft bzw. die Allgemeinverbindlichkeit sind eine unumgängliche Folge der Kontrollfunktion der Judikative gegenüber der Legislative, dienen also gerade der Sicherung der Judikative als zentrale Kontrollinstanz und sind daher unter diesem Gesichtspunkt mit Art. 97 I GG vereinbar.

Insoweit kann zusammenfassend festgestellt werden: Die Weisungsfreiheit als Kernstück sachlicher Unabhängigkeit ist Wesensmerkmal des Richters. Sie stellt ihn frei von Weisungen sowohl gegenüber der Legislative, als auch der Exekutive, als auch der Judikative selbst. Die genannten Bindungen an die Entscheidungen über die Zulässigkeit des Rechtsweges sowie an die Verweisung von Rechtsweg zu Rechtsweg dienen als unabdingbare Folge der Justizgewährungspflicht des Staates der Funktion der Rechtsprechung als zentrale Kontrollinstanz und verstoßen daher nicht gegen Art. 97 I GG. Ebenso sind die generellen Bindungen Rechtsfolge der Stellung der rechtsprechenden Gewalt als zentrale Kontrollinstanz und somit gleichfalls mit Art. 97 I GG vereinbar.

Das zweite Element sachlicher Unabhängigkeit, die Freiheit von der Einmischung in eigene Handlungen, sichert den Richter gegen den Entzug von Rechtssachen sowie gegen die Behinderung seiner richterlichen Tätigkeit, insbesondere durch Organe der ersten und zweiten Funktion. [3]

Die dritte Komponente sachlicher Unabhängigkeit, die Verantworturgs-

---

1) 4. März 1952 GS NW i.d.F. vom 16. Juni 1970 GV NW S. 442.

2) Eyermann-Fröhler, VwGO-Kommentar (5) § 47 Anm. 38.

3) Vgl. Theilacker, Friedensgerichtsbarkeit u. Rechtspfleger S. 154 m.w.N. in Fußnote 4.

freiheit, gewährleistet, daß der Richter bei seinen Entscheidungen keine nachteiligen Maßnahmen zu befürchten hat. Seiner dienststrafrechtlichen [1] und strafrechtlichen Verantwortung sind enge Grenzen gezogen. Strafrechtlich ist der Richter nur für Rechtsbeugung, vgl. § 336 StGB, verantwortlich.

VI. Die persönliche Unabhängigkeit als verfassungsrechtliches Sicherungsmittel der richterlichen Neutralität

Die persönliche Unabhängigkeit des Richters ist identisch mit der sogenannten Inamovibilität, d.h., der Richter kann gegen seinen Willen nur "kraft richterlicher Entscheidung und nur aus Gründen und unter Formen, welche die Gesetze bestimmen, vor Ablauf seiner Amtszeit entlassen oder dauernd oder zeitweise seines Amtes enthoben oder an eine andere Stelle oder in den Ruhestand versetzt werden. [2] Diese Inamovibilität soll verhindern, daß durch Absetzung oder Versetzung oder der Androhung einer dieser Maßnahmen der Richter unter Druck gesetzt und in seiner Entscheidung beeinflußt wird oder ihm durch solche Maßnahmen nachträglich Nachteile entstehen. Ferner könnte durch eine Häufung solcher Mittel versucht werden, die gesamte Richterschaft unter Druck zu setzen. Somit dient die persönliche Unabhängigkeit der Sicherung der sachlichen [3] und damit der Sicherung der richterlichen Neutralität.
Aus dieser Funktion könnte nun gefolgert werden, die persönliche Unabhängigkeit sei Wesensmerkmal des Richters.[4]

---

1) Baur, Justizaufsicht und richterliche Unabhängigkeit S. 22.

2) Bezüglich der hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten Richter vgl. Art. 97 II GG, § 30 DRiG.

3) Vgl. BVerfGE 14, 56 (70).

4) So auch BVerfGE 4,74 (93); 18,241 (254/255); 21,139 (145); 26,186 (198); Arnold-Meyer/Stolte RPflG-Kommentar (2) § 9 Anm. 5; Bettermann, Das Gerichtsverfassungsr. in der Rspr. des BVerfG in AöR 92,496 (526); Brüggemann, Bemerkungen zur Eigenständigk. des Rechtspflegeramtes in JR 65,83; Haman-Lenz, GG-Kommentar (3) Art. 92 Anm. B 4c; Heyde, Die Rechtspflege in der BRD (2) S.22, 84/85; Holtkotten, BK Art. 92 II 1b; Kern, Zum Begriff des Richters u. des Gerichts in DRiZ 52,125 (127); Leonhard, Die Gewaltenteil. in der BRD in Rpfleger 72,277 (283); Müller-Webers, Das neue RPflG in DRiZ 71,159; Referentendenkschrift zur Vorbereitung eines Richtergesetzes S. 12; Reichel, Die Stellung des Rechtspflegers in der Gerichtsorganisation S. 56; Scheuner, Zur Frage der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte in VerwArchiv 33,68 (72); Schier, Gestalt und Auswirkungen des neuen RPflG in

Andererseits könnte auf diese Schlußfolgerung erwidert werden, daß Art. 97 II 1 GG diese Inamovibilität nur dem hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten Richter einräume. Andere Richter verfügten nicht über die persönliche Unabhängigkeit; diese sei deshalb kein unabdingbares Wesensmerkmal des Richters. [1] Es ist daher zu untersuchen, inwieweit dem nicht hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten Richtern die persönliche Unabhängigkeit de lege lata zukommt.

1. Die Sonderstellung der Richter am Bundesverfassungsgericht

Die Richter des Bundesverfassungsgerichts werden nicht auf Lebenszeit gewählt, ihre Amtszeit dauert gem. § 4 I BVerfGG zwölf Jahre, längstens jedoch bis zur Altersgrenze, eine Wiederwahl ist ausgeschlossen. Bundesverfassungsrichter sind somit Richter auf Zeit i.S.d. § 11 DRiG. [2] Gem. § 69 DRiG gilt das Deutsche Richtergesetz für Richter am Bundesverfassungsgericht nur, soweit es mit ihrer besonderen Rechtsstellung vereinbar ist, d.h. u.a., die in § 30 DRiG genannten Möglichkeiten der Versetzung und Amtsenthebung sind nach Maßgabe des Art. 98 II GG eingeschränkt. Somit gelten die für Richter auf Lebenszeit dargestellten Grundsätze der Inamovibilität für Bundesverfassungsrichter während der Dauer ihrer Amts-

---

in RpflBl 69,1 (2); Schlegelberger, Die Unabhängigkeit der Rechtspfleger in Rpfleger 57,135; Strauß, Das RPflG in Rpfleger 57,32 (34); Theilacker, Friedensgerichtsbarkeit u. Rechtspfleger S. 108.

1) Giese, Rechtspfleger u. GG in Rpfleger 53,145 (147/148); Habscheid, Der Rechtspfleger in der Gerichtsorg. in Rpfleger 68, 237 (241) m.w.N. in Fußn. 53; Das neue RPflG in RpflBl 70,5 (9); Kleinrahm, Justizreform u. GG in Rpfleger 52,2 (7); Lappe, Die Magna Charta des Rechtspflegers in RpflBl 63,12; Lent-Habscheid, FG (4) § 5 III S. 27; OVG Lüneburg NJW 52,599 (600); Schorn, Die Stellung des Rechtspflegers u. seine Unabhängigkeit nach dem Rechtspflegergesetz in Rpfleger 57, 267 (268); Wertenbruch, Gewaltenteilung u. Rechtspfleger in Rpfleger 62,77 (81).

2) Als weitere Richter auf Zeit konnten gem. § 111 I 2 DRiG bis zum 30.6.1964 die Vorsitzenden der Arbeitsgerichte ernannt werden. Hinsichtlich ihrer persönlichen Unabhängigkeit galt § 30 DRiG, so daß auch ihre persönliche Unabhängigkeit in gleichem Maße wie die der Richter auf Lebenszeit gewährleistet war. (Vgl. Schmidt-Räntsch, DRiG-Kommentar § 11 Anm. 4).

zeit in verstärktem Maße. Es besteht folglich keine Möglichkeit, durch persönliche Pressionen, deren Androhung oder durch Inaussichtstellung der Wiederwahl Einfluß auf die Entscheidung der Bundesverfassungsrichter zu nehmen. Damit ist ihre persönliche Unabhängigkeit soweit gewährleistet, wie es die sachliche Unabhängigkeit und die richterliche Neutralität erfordern.

2. Richter auf Probe

Gem. § 12 I DRiG kann zum Richter auf Probe ernannt werden, wer später als Richter auf Lebenszeit oder als Staatsanwalt verwendet werden soll. Nach Absatz 2 dieser Vorschrift muß nach spätestens fünf Jahren die Ernennung zum Richter auf Lebenszeit oder die Berufung in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zum Staatsanwalt erfolgen. Der Richter auf Probe kann unter den Voraussetzungen des § 22 DRiG entlassen werden, und zwar gem. Absatz 1 dieser Vorschrift bis zur Dauer von zwei Jahren nach den dort genannten Fristen, nach Absatz 2 zum Ablauf des dritten oder vierten Jahres, wenn er für das Richteramt nicht geeignet ist oder wenn ein Richterwahlausschuß seine Übernahme in das Richterverhältnis auf Lebenszeit oder auf Zeit ablehnt. Diese Regelung dient der Erprobung junger Juristen hinsichtlich ihrer Geeignetheit für das Richteramt. Auf diese Weise soll erreicht werden, daß nur entsprechend qualifizierte Juristen zu Richtern auf Lebenszeit ernannt werden. Jedoch birgt sie zugleich die Gefahr in sich, daß mit der Androhung der Entlassung mittelbarer Druck auf die Entscheidung des Richters auf Probe ausgeübt werden kann. Deshalb ordnet § 29 DRiG an, daß bei einer gerichtlichen Entscheidung nicht mehr als ein Richter auf Probe mitwirken darf, so daß seiner Stimme innerhalb eines Kollegialgerichtes kein entscheidendes Gewicht zukommen kann. Gem. § 22 V GVG darf jedoch der Richter auf Probe auch als Amtsrichter eingesetzt werden, so daß hier eine etwaige mittelbare Beeinflussung sogar entscheidend wäre. Die persönliche Unabhängigkeit des Richters auf Probe ist somit eingeschränkt.

3. Richter kraft Auftrags

Nach § 14 DRiG kann zum Richter kraft Auftrags ein Beamter auf Lebenszeit oder Zeit ernannt werden, wenn er später als Richter

auf Lebenszeit verwendet werden soll. Gem. § 15 Satz 3 DRiG ruhen die Rechte und Pflichten aus dem Beamtenverhältnis für die Dauer des Richterverhältnisses kraft Auftrags, das gem. § 16 I DRiG nicht länger als zwei Jahre andauern darf. Im übrigen gelten gem. § 16 II DRiG die Vorschriften für Richter auf Probe entsprechend. Damit gilt das zur persönlichen Unabhängigkeit des Richters auf Probe Gesagte auch hier.

4. Der abgeordnete Richter

Gem. § 37 I DRiG darf ein Richter auf Lebenszeit oder ein Richter auf Zeit mit seiner Zustimmung abgeordnet werden; die Abordnung ist gem. Absatz 2 dieser Vorschrift auf eine bestimmte Zeit auszusprechen. Die Richterabordnung dient in der Praxis häufig der Weiterbildung der Richter bei den höheren Instanzen. [1] Die Zeitbestimmung der Abordnung hat einmal die Funktion zu gewährleisten, daß auf die Entscheidung des Richters durch Drohung mit Verlängerung bzw. Verkürzung der Abordnung kein mittelbarer Druck ausgeübt werden kann, zum anderen, um zu verhindern, daß die Abordnung und ihre Aufhebung zu Eingriffen in die Besetzung der Gerichte mißbraucht werden. Somit ist auch die persönliche Unabhängigkeit des abgeordneten Richters gewährleistet.
Einen gesetzlich normierten Spezialfall der Richterabordnung enthält § 16 VwGO bezüglich der Richter auf Lebenszeit als Richter im Nebenamt. [2] Insoweit gelten die vorstehenden Grundsätze entsprechend.
Die persönliche Unabhängigkeit der Professoren des Rechts als Richter im Nebenamt ergibt sich aus ihrer besonderen beamtenrechtlichen Stellung, vgl. § 200 I LBG. [3]

5. Die Laienrichter

Aus der Tatsache, daß diese keine Berufsrichter sind, folgt bereits zwingend, daß ihre Inamovibilität nicht bis zur grundsätzlichen Unabsetzbarkeit auf Lebenszeit - eingeschränkt lediglich durch eine Altersgrenze - gehen kann. Ihre Ernennung kann aufgrund ihrer Stel-

---

1) Zulässigkeit umstritten, vgl. Zusammenstellung in DRiZ 62,134.
2) Eyermann-Fröhler, VwGO-Kommentar (5) § 16 Rdnr. 4.
3) Vom 6. Mai 1970 GV NW S.344 i.d.F. vom 11. Juli 1972 GV NW S. 192.

lung als Laienrichter nur auf Zeit erfolgen. Eine Ernennung auf Zeit hat auch das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung als grundsätzlich mit Art. 97 II GG vereinbar angesehen, wenn der Zeitraum nicht so kurz bemessen ist, daß dadurch die Unabhängigkeit ernsthaft in Frage gestellt wird, ferner der Richter vor Ablauf seiner Amtszeit nur unter den gesetzlich bestimmten Voraussetzungen und gegen seinen Willen nur kraft richterlicher Entscheidung abberufen werden kann. [1)]

Da die Laienrichter nicht planmäßig und endgültig angestellt sind, sind sie auch nicht versetzbar, so daß auch insoweit ihre Inamovibilität gewährleistet ist.

Die Begründung vorstehender Mindesterfordernisse persönlicher Unabhängigkeit folgt einerseits aus der Laienrichtereigenschaft - insoweit kann, wie bereits ausgeführt, keine Unabsetzbarkeit auf Lebenszeit gefordert werden - andererseits aus der Funktion der persönlichen Unabhängigkeit als Sicherung richterlicher Neutralität - insoweit muß gewährleistet sein, daß auch auf die Entscheidung des Laienrichters durch vorzeitige Abberufung oder deren Androhung kein mittelbarer Druck ausgeübt werden kann.

Es ist daher nunmehr zu prüfen, inwieweit den Laienrichtern zwischen diesen beiden Polen persönliche Unabhängigkeit zukommt. Dabei sind die verschiedenen Gerichtsbarkeiten gesondert zu beachten.

Die ehrenamtlichen Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit sind die Schöffen, Geschworenen und Handelsrichter. Schöffen werden gem. § 42 GVG auf die Dauer von zwei Jahren gewählt; aus § 35 Nr. 2 GVG ergibt sich die Möglichkeit der Wiederwahl. Während der Amtszeit kann ein Schöffe nur unter den Voraussetzungen des § 52 I GVG von der Schöffenliste gestrichen werden, wenn Gründe der Unfähigkeit zum Schöffenamt im Sinne des § 32 GVG eintreten oder bekannt werden. Er kann ferner gem. § 52 II GVG nicht zum Dienst herangezogen werden, wenn Umstände eintreten oder bekannt werden, bei deren Vorhandensein eine Berufung zum Schöffenamt nicht erfolgen soll, siehe §§ 33, 34 GVG. Gem. § 52 III GVG trifft in jedem Falle die Entscheidung der Richter.

Nach § 84 GVG gelten diese Grundsätze für Geschworene entsprechend.

---

1) BVerfGE 18,241 (255) m.w.N.

Die Handelsrichter werden gem. § 108 GVG auf die Dauer von 3 Jahren ernannt, eine wiederholte Ernennung ist nicht ausgeschlossen. Eine Amtsenthebung ist gem. § 113 GVG nur zulässig, wenn der Handelsrichter eine für die Ernennung erforderliche Eigenschaft nachträglich verliert, vgl. § 109 GVG. Die Entscheidung über die Amtsenthebung trifft gem. § 113 II GVG der erste Zivilsenat des Oberlandesgerichts.

In der Arbeitsgerichtsbarkeit werden die ehrenamtlichen Richter in allen drei Instanzen gem. §§ 20 Satz 1, 37 II i.V.m. § 20 Satz 1 und gem. § 43 I 1 ArbGG auf die Dauer von 4 Jahren gewählt. Da die ehrenamtlichen Richter gem. § 22 ArbGG teilweise aus Kreisen der Arbeitgeber und gem. § 23 ArbGG aus Kreisen der Arbeitnehmer kommen und deshalb die erhöhte Gefahr mittelbarer Beeinflussung durch ihre berufliche Tätigkeit besteht, wird die persönliche Unabhängigkeit durch § 26 ArbGG dergestalt verstärkt, daß niemand in der Übernahme oder Ausübung des Amtes beschränkt oder wegen der Übernahme oder Ausübung benachteiligt werden darf. Dieser Grundsatz gilt gem. § 37 II ArbGG auch für die zweite Instanz und gem. § 43 III ArbGG für die dritte Instanz. Eine Amtsenthebung kommt gem. § 21 V 1 ArbGG nur in Betracht, wenn das Fehlen einer Voraussetzung für die Berufung nachträglich bekannt wird oder eine Voraussetzung nachträglich wegfällt, ferner gem. § 27 I ArbGG bei grober Verletzung einer Amtspflicht. Die Entscheidung trifft gem. § 21 V 2 ArbGG bezüglich der in erster und zweiter Instanz tätigen ehrenamtlichen Richter die Kammer des Landesarbeitsgerichts, hinsichtlich der in dritter Instanz tätigen gem. § 43 III ArbGG der erste Senat des Bundesarbeitsgerichts.

Ehrenamtliche Richter der Verwaltungsgerichtsbarkeit werden gem. § 25 VwGO auf die Dauer von 4 Jahren gewählt. Eine Entbindung vom Ehrenamt kann nur unter den Voraussetzungen des § 24 VwGO erfolgen, gegen den Willen des ehrenamtlichen Richters gem. Nr. 1, wenn die Berufungsvoraussetzungen nicht mehr bestehen (vgl. §§ 20-22 VwGO), gem. Nr. 2 bei gröblicher Verletzung der Amtspflichten, gem. Nr. 4 bei Verlust der zur Ausübung des Amtes erforderlichen geistigen oder körperlichen Fähigkeiten sowie gem. Nr. 5 bei Aufgabe des Wohnsitzes im Gerichtsbezirk. Die Entscheidung trifft gem. § 24 III VwGO ein Senat des Oberverwaltungsgerichts.

Die ehrenamtlichen Richter der Finanzgerichtsbarkeit werden gem. § 22 FGO auf die Dauer von 4 Jahren gewählt. Gründe für die Amtsentbindung sind gem. § 21 FGO dieselben wie bei den ehrenamtlichen Verwaltungsrichtern; die Entscheidung über die Amtsentbindung trifft gem. § 21 III FGO der vom Präsidium im voraus bestimmte Senat.
Gem. § 13 I SGG werden die ehrenamtlichen Sozialrichter gleichfalls für die Dauer von 4 Jahren berufen. Eine vorzeitige Amtsenthebung ist gem. § 22 SGG nur zulässig, wenn das Fehlen oder der Wegfall einer der Berufungsvoraussetzungen bekannt wird oder wenn der ehrenamtliche Sozialrichter seine Amtspflicht grob verletzt. Über die Amtsenthebung entscheidet die vom Präsidium für jedes Geschäftsjahr bestimmte Kammer endgültig.
In der Verfassungsgerichtsbarkeit sind gem. §§ 2, 3 BVerfGG keine ehrenamtliche Richter tätig; das gilt auch für die Verfassungsgerichtsbarkeit der Länder.
Die vorstehende Aufstellung zeigt, daß ein ehrenamtlicher Richter je nach Gerichtszweig auf die Dauer von 2 bis 4 Jahren fest gewählt wird. Eine Amtsenthebung während dieser Zeit ist nur unter ganz engen Voraussetzungen möglich. Als Gründe vorzeitiger Amtsenthebung kennen die Verfahrensgesetze nur:
1) Fehlen oder Wegfall der Berufungsvoraussetzungen
2) Körperliche oder geistige Unfähigkeit zur Amtsausübung
3) Grobe Verletzung der Amtspflicht
4) Teilweise auch Aufgabe des Wohnsitzes im Gerichtsbezirk
In jedem Falle ist eine richterliche Entscheidung erforderlich. Es besteht somit keine Möglichkeit, die Laienrichter durch Absetzung oder deren Androhung dergestalt unter Druck zu setzen, daß ihre Entscheidung auf diese Weise mittelbar beeinflußt werden könnte. Ihre persönliche Unabhängigkeit ist also gewährleistet; ihre sachliche Unabhängigkeit und richterliche Neutralität garantiert.
Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, daß die persönliche Unabhängigkeit Wesensmerkmal des Richters ist. Sie ist de lege lata bei allen Richtern gewährleistet. Eine Einschränkung erfährt sie nur bei Richtern auf Probe und Richtern kraft Auftrags.
Bei Richtern auf Probe ist diese Ausnahme ein dringendes Erfordernis

qualifizierter Richterausbildung; bei Richtern kraft Auftrags soll sie ermöglichen, daß der Beamte während der Dauer der Übergangszeit in sein ursprüngliches Beamtenverhältnis zurückkehren kann. Diese Richterverhältnisse sind deshalb auf die oben genannte Dauer beschränkt. Sie dürfen zu anderen als den vorstehend genannten Zwecken nur begründet werden, wenn die Justizorganisation dieses dringend erfordert. [1)]

B. Die Rechtsfolgen der Richtereigenschaft

Wer die unter A dargestellten Wesensmerkmale erfüllt, ist Richter im Sinne des Art. 92 GG. Aus dieser Richtereigenschaft ergeben sich weitere Rechtsfolgen, die nachstehend zu erörtern sind.

I. Die Gesetzlichkeit des Richters im Sinne des Art. 101 I 2 GG

"Die Gesetzlichkeit des Richters bedeutet, daß - bildlich gesprochen - der erkennende Richter blind bestellt sein muß, d.h., als ein ohne Ansehung der Verfahrensbeteiligten und ohne Voraussicht ihres Falles kraft einer Norm Berufener." [2)] Dabei ist unter Norm im Sinne des Art. 101 I 2 GG jede Zuständigkeitsvorschrift bis hin zum Geschäftsverteilungsplan zu verstehen.

II. Die Kompetenzen des Richters nach Art. 100 GG

Der Richter hat die Kompetenzen nach Art. 100 GG, vgl. im einzelnen Seite 5.

III. Die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens

Die Rechtsprechung erfordert ein Mindestmaß an Verfahrensvorschriften, insbesondere die Beachtung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs, vgl. Art. 103 I GG. [3)]

IV. Die Richteranklage

Nach Maßgabe des Art. 98 GG kann der Richter vor dem Bundesverfas-

---

1) BVerfGE 14, 56 (70).

2) Arndt, Die Gesetzlichkeit des Richters als Strukturprinzip der rechtsprechenden Gewalt in JZ 56, 633.

3) Kern, Zur Frage der akademischen Disziplinargerichte in DöV 54, 675 (676).

sungsgericht angeklagt werden.

V. Die Heraushebung des Richters aus der Beamtenschaft durch das Deutsche Richtergesetz

Durch das Deutsche Richtergesetz ist der Richter aus der übrigen Beamtenschaft herausgehoben worden. [1] Diese besondere Regelung war erforderlich, um die richterliche Rechtsstellung abweichend von der der übrigen Beamtenschaft entsprechend den unter A dargestellten Wesensmerkmalen zu gestalten.

C. Die Stellung des Rechtspflegers

Nachdem unter A die Wesensmerkmale des Richters und unter B die sich aus ihnen ergebenden Rechtsfolgen dargestellt worden sind, ist nunmehr zu untersuchen, inwieweit der Rechtspfleger richterliche Wesensmerkmale aufweist.

I. Die Staatlichkeit

Der Rechtspfleger wird aufgrund eines formellen Gesetzes (Rechtspflegergesetz) tätig. Mit Rechtspflegeraufgaben können nur die in § 2 I RPflG genannten Personen betraut werden. Die Übertragung der Rechtspflegerstellung erfolgt durch den Staat. Somit ist die Staatlichkeit des Rechtspflegers gegeben.

II. Die Ausübung der "rechtsprechenden Gewalt" durch die Gerichte des Bundes und der Länder

Die Anstellungskörperschaft des Rechtspflegers ist das Land, so daß insoweit aus Art. 92 zweiter Halbs. GG keine Bedenken bestehen.

III. Die Inkompatibilität

Dem Rechtspfleger sind nach den gesetzlichen Vorschriften vom Richter wahrzunehmende Geschäfte übertragen, vgl. § 3 I RPflG. Neben diesen Aufgaben ist er gleichzeitig Beamter des Justizdienstes, d.h. er ist in der Justizverwaltung, nicht jedoch in anderen Bereichen der Exekutive tätig. [2] Daher sind die beim Richteramt aufgestellten Grundsätze der Inkompatibilität auch beim Rechtspfleger gewährleistet.

---

1) Friesenhahn, Begr. u. Arten der Rspr. in Thoma-Festschr. S.21 (33)
2) Vgl. die Grundsätze über die Inkompatibilität des Richters S.64/65

IV. Die Neutralität

Hinsichtlich der Parteiunabhängigkeit erklärt § 10 RPflG die für den Richter geltenden Vorschriften für entsprechend anwendbar; damit gilt auch für den Rechtspfleger § 6 FGG. Insoweit kann auf die Ausführungen auf Seite 65/66 verwiesen werden.
Da der Rechtspfleger richterliche Aufgaben wahrnimmt, ist der Staat an diesem Verfahren in gleicher Weise wie am richterlichen Verfahren nicht beteiligt und somit unparteiischer Dritter. Damit ist der Rechtspfleger auch gegenüber dem Staat neutral.

V. Die sachliche Unabhängigkeit des Rechtspflegers

Aufgrund des § 9 RPflG, der die Selbständigkeit des Rechtspflegers normiert, stellt sich die Frage, ob diese Selbständigkeit mit der sachlichen Unabhängigkeit des Richters identisch ist. Eine solche Identität könnte zunächst daraus gefolgert werden, daß § 9 RPflG ausschließt, daß ein Dienstvorgesetzter dem Rechtspfleger in einer ihm übertragenen Sache unter Bezugnahme auf die beamtenrechtliche Gehorsamspflicht (§ 58 Satz 2 LBG) Weisungen erteilen kann. In diesen Fällen entfällt die Gehorsamspflicht; eine Weisung des Vorgesetzten ist rechtswidrig, der Rechtspfleger hat sie abzulehnen.[1)]

Andererseits ergeben sich aus § 9 Satz 2 RPflG Bedenken gegen eine solche Identität. Dort heißt es: "Er entscheidet, soweit sich nicht aus diesem Gesetz etwas anderes ergibt, selbständig." Etwas anderes im Sinne dieser Vorschrift könnte sich zunächst aus den Vorlagepflichten nach § 5 I RPflG ergeben. Danach könnte zunächst unter Berücksichtigung der Tatsache, daß sachliche Unabhängigkeit auch grundsätzliche Handlungsfreiheit gegenüber der Judikative selbst bedeutet, vgl. S. 70, gefolgert werden, dem Rechtspfleger fehle insofern die sachliche Unabhängigkeit.[2)]
Demgegenüber könnten die Vorlagepflichten jedoch im Zusammenhang mit den Richtervorbehalten zu sehen sein, vgl. §§ 14 ff. RPflG. Diese Richtervorbehalte stellen Zuständigkeitsregelungen hinsichtlich der Aufgabenverteilung zwischen Richter und Rechtspfleger dar.

---

1) Arnold-Meyer/Stolte, RPflG-Kommentar (2) § 9 Anm. 4.

2) Lent-Jauernig, Zivilprozeßrecht (15) § 15 II; Theilacker, Friedensgerichtsbarkeit u. Rechtspfleger S. 157.

Die in § 5 I RPflG erfaßten Aufgaben hätten sich auch als Richtervorbehalte ausgestalten lassen. Solche Richtervorbehalte wären jedoch von der Art der betroffenen Aufgaben her sehr unpraktikabel. So müßte der Richtervorbehalt hinsichtlich Nr. 1 etwa lauten: "Aufgaben bei denen der Rechtspfleger von einer ihm bekannten Stellungnahme des Richters abweichen will, sind dem Richter vorbehalten." Hier müßte im Einzelfall hypothetisch geprüft werden, ob der Rechtspfleger abweichen will; nur dann wäre der Richter zuständig. Bei Nr. 2 wäre der Richter nur zuständig, wenn sich bei der Bearbeitung durch den Rechtspfleger rechtliche Schwierigkeiten ergeben, was von vornherein nicht entschieden werden kann, so daß sehr zweifelhaft wäre, wer zuständig ist. Ähnliche Schwierigkeiten bestehen auch hinsichtlich der beiden letzten Aufgaben.
Deshalb sind die in § 5 I RPflG normierten Aufgaben dem Rechtspfleger zugewiesen, aber unter Vorlagepflicht gestellt worden. § 5 I RPflG könnte somit Zuständigkeitsnorm, nicht dagegen sachliche Weisung an den Rechtspfleger sein. [1)]
Wie auch immer § 5 I RPflG zu werten sein mag, er enthält die Ermächtigung, die dem Rechtspfleger grundsätzlich übertragenen Geschäfte unter den dort genannten Voraussetzungen im Einzelfall wieder zu entziehen. Diese Vorschrift schränkt damit die sachliche Unabhängigkeit in Gestalt der Handlungsfreiheit ein. [2)]
Ein weiteres Bedenken gegen die sachliche Unabhängigkeit des Rechtspflegers könnte sich aus § 5 II 3 RPflG ergeben. Danach ist der Rechtspfleger bei Rückgabe der Sache durch den Richter an dessen mitgeteilte Rechtsauffassung gebunden.
Nun ist der Richter selbst gleichfalls bei zahlreichen Entscheidungen an die Rechtsauffassung eines anderen Gerichts gebunden, vgl. Seite 68. Abgesehen von Bindungen an die Verweisungen von Rechtsweg zu Rechtsweg, die eine zwingende Folge der Justizgewährungspflicht darstellen, sowie von den Bindungen an die Entscheidungen der Verfassungsgerichtshöfe und Oberverwaltungsgerichte in Normenkontrollverfahren, die sich aus deren Gesetzeskraft bzw. Allgemein-

---

1) BVerfGE 12, 67 (71); Arnold-Meyer/Stolte, RPflG-Kommentar (2) § 9 Anm. 4; Eickmann, Rechtspflegerrecht im Wandel in RpflBl 71, 37.

2) Vgl. S. 82 Fußnote 2.

verbindlichkeit ergeben, handelt es sich jedoch um eine stufenweise Erledigung einer Rechtssache durch mehrere Gerichte, vgl. S. 70. Die Entscheidung ist jeweils auf einen Streitgegenstand begrenzt. Demgegenüber erstreckt sich die Bindung gem. § 5 II 3 RPflG dergestalt auf alle rechtlich gleich liegenden Fälle, daß der Rechtspfleger entweder gemäß der vom Richter mitgeteilten Rechtsauffassung entscheiden oder aber erneut vorlegen muß, [1] vgl. § 5 I Nr. 1 RPflG.

Daraus folgt: soweit sich die Bindung an die Rechtsauffassung des Richters auf den Einzelfall erstreckt, weist sie gegenüber den Bindungen des Richters an die Entscheidungen anderer Gerichte desselben Gerichtszweiges keine Besonderheiten auf; [2] soweit sie sich auf alle rechtlich gleich liegenden Fälle erstreckt, liegt der Tatbestand des § 5 I Nr. 1 RPflG vor, mit der Folge, daß die sachliche Unabhängigkeit des Rechtspflegers in Gestalt der Handlungsfreiheit eingeschränkt ist. [3]

Im Gegensatz zur richterlichen Unabhängigkeit gilt diese eingeschränkte sachliche Unabhängigkeit auch hinsichtlich der Rechtspflegeraufgaben, die dem Bereich der Justizverwaltung angehören.

Hinsichtlich des weiteren Bestandteils der sachlichen Unabhängigkeit, der Verantwortungsfreiheit des Rechtspflegers, ist zu differenzieren zwischen der strafrechtlichen und dienststrafrechtlichen Verantwortung. In der strafrechtlichen Verantwortung ist der Rechtspfleger dem Richter gleichgestellt, vgl. § 336 StGB. [4]

---

1) Vgl. Arndt, Gesetz über Maßn. auf dem Gebiet des Gerichtsverfassungsr. u. des Verfahrensr. § 5 Anm. 23.

2) Arnold-Meyer/Stolte, RPflG-Kommentar (2) § 9 Anm. 4; Eickmann, Rechtspflegerrecht im Wandel in RpflBl 71, 37 (38).

3) Abweichende Meinung vgl. Arndt, a.a.O. § 5 Anm. 23; Arnold-Meyer/Stolte, a.a.O. § 9 Anm. 2 u. 4; Baur, Einige Bemerkungen zu den Funktionen der Rechtspflegeorgane in DRiZ 71, 109 (112); Brüggemann, Bemerkungen zur Eigenst. des Rechtspflegeramtes in JR 65, 83 (83,85/86); Habscheid, Das neue RPflG in RpflBl 70, 5 (6); Hofmann-Kersting, RPflG-Kommentar § 8 Anm. 2b; Koellreutter, Rechtspflege, Rspr. u. Rechtspfleger in RpflBl 62,67; Lappe, Gewaltenteilung u. Rechtspfleger in RpflBl 62,67; Müller-Webers, Das neue RPflG in DRiZ 71,159; Rechtsgutachten über Stellung u. Tätigkeit der Rechtspfleger in RpflBl 63,21; Strauß, Das RPflG in Rpfleger 57, 33 (34).

4) So auch Arnold-Meyer/Stolte, a.a.O. § 9 Anm. 3.2.

Dienststrafrechtlich können alle Amtspflichtsverletzungen des Rechtspflegers durch die Disziplinargerichte geahndet werden. Dabei sind im wesentlichen folgende Fallgruppen zu unterscheiden:

1) schuldhafte Nichtberücksichtigung eines ordnungsgemäß erfolgten tatsächlichen oder rechtlichen Parteivorbringens;
2) schuldhafte Nichtanwendung oder falsche Anwendung gesetzlicher Vorschriften;
3) pflichtwidrige Verquickung der Entscheidung mit sachfremden Erwägungen, vor allem bei Ermessensentscheidungen.[1)]

Damit ist die dienststrafrechtliche Verantwortungsfreiheit des Rechtspflegers gegenüber der des Richters gleichfalls erheblich eingeschränkt.

VI. Die persönliche Unabhängigkeit

Der Beamte des Justizdienstes kann jederzeit seiner Funktion als Rechtspfleger enthoben werden, ohne ein Widerspruchsrecht zu haben. Damit fehlt dem Rechtspfleger das für den Richter essentielle Wesensmerkmal der persönlichen Unabhängigkeit.[2)]

> Der Rechtspfleger kann somit nicht als Richter im Sinne des Art. 92 GG angesehen werden.

VII. Die Rechtsfolgen des Fehlens der Richtereigenschaft

1. Der Rechtspfleger als gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 I 2 GG ?

Da der Rechtspfleger nicht persönlich unabhängig ist, kann er auch nicht gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 I 2 GG sein.[3)] Seine jederzeitige Abberufbarkeit schließt es aus, den Rechtspfleger im Sinne des Art. 101 I 2 GG gesetzlich zu berufen. Vielmehr besteht die Möglichkeit, durch Abberufung oder Versetzung zu manipulieren, welcher Rechtspfleger in der konkreten Sache tätig wird. Weiterhin folgt dieses Ergebnis aus der Identität der Richterbegriffe in Art. 92 und 101 GG. Soweit der Rechtspfleger richter-

---

1) Arndt, Gesetz über Maßn. auf dem Gebiet der Gerichtsverf. u. des Verfahrensr. § 8 Rdnr. 24.

2) Theilacker, Friedensgerichtsbarkeit u. Rechtspfleger S. 135 m.w.N.

3) Vgl. Koellreutter, Rechtspflege, Rspr. u. Rechtspfleger in Rpfleger 53, 1 (7); Theilacker, a.a.O. S. 142.

liche Geschäfte wahrnimmt, ist der nach den allgemeinen Verfahrensvorschriften i.V.m. §§ 11, 28 RPflG berufene Richter gesetzlicher Richter gem. Art. 101 I 2 GG. [1]

2. Der Rechtspfleger als Richter im Sinne des Art. 104 II GG ?

Aufgrund der Identität des Richterbegriffes in allen Vorschriften des Grundgesetzes ist der Rechtspfleger auch nicht Richter im Sinne des Art. 104 II GG. [2]

3. Die Vorlagebefugnis des Rechtspflegers gem. Art. 100 I GG.

Auch das Fehlen der Vorlagebefugnis läßt sich auf die Gleichartigkeit des grundgesetzlichen Richterbegriffes stützen. Diesen Schluß hat das Bundesverfassungsgericht allerdings nicht gezogen, sondern festgestellt, die Vorlage sei eine rechtlich schwierige Sache im Sinne des § 5 I Nr. 2 RPflG und deshalb dem Richter vorbehalten. [3] Eine solche Lösung bietet sich von der Auslegung des § 5 RPflG als Zuständigkeitsregelung, die zum Teil vertreten wird, vgl. S. 83, an, so daß das Bundesverfassungsgericht zur Rechtsstellung des Rechtspflegers unmittelbar keine Stellung zu nehmen brauchte.

4. Die Richteranklage

Die Richteranklage nach Art. 98 GG ist eine Einschränkung der grundsätzlichen richterlichen Inamovibilität in Fällen der dort genannten schwerwiegenden Verstöße des Richters gegen das Grundgesetz oder die verfassungsmäßige Ordnung eines Landes. Der Rechtspfleger kann aufgrund des Fehlens der Richtereigenschaft nicht unter Richteranklage gestellt werden. [4] Für eine solche besteht auch kein Bedürfnis, da der Rechtspfleger jederzeit ohne Widerspruchsmöglichkeit seiner Funktion enthoben werden kann.

5. Heraushebung aus der übrigen Beamtenschaft ?

Mit Rechtspflegeraufgaben kann gem. § 2 I 1 RPflG ein Beamter des

---

1) Theilacker, Friedensgerichtsbarkeit u. Rechtspfleger S. 142 m.w.N.

2) Brüggemann, Bemerkungen zur Eigenständigkeit des Rechtspflegeramtes in JR 65, 81 (82); Theilacker, a.a.O. S. 142 m.w.N.

3) BVerfG Beschluß vom 18.12.1962 2 Bv L 20/62; BVerfG NJW 71, 1436; Brüggemann, a.a.O. S. 85.

4) Brüggemann, a.a.O. S. 81/82.

Justizdienstes betraut werden. Dabei erfolgt keine Ernennung zum Rechtspfleger, es entsteht somit kein neuer Beamtenstatus, [1] der Beamte übt lediglich eine besondere im Rechtspflegergesetz geregelte Funktion in der Rechtspflege aus, ist folglich nicht aus der übrigen Beamtenschaft herausgehoben.

6. Der Rechtspfleger als selbständiges Organ der Rechtspflege

Aus vorstehend genannten Gründen kann der Rechtspfleger auch nicht als "Richter minderen Rechts" angesehen werden, er ist vielmehr selbständiges Organ der Rechtspflege. [2] Deshalb ist der Weg zum Rechtspfleger kein Rechtsweg im Sinne des Art. 19 IV GG, so daß gegen die Entscheidung des Rechtspflegers der Rechtsweg an den Richter eröffnet sein muß. [3] Dieser Tatsache trägt das Rechtspflegergesetz durch § 11 Rechnung.

---

1) Arnold-Meyer/Stolte, RPflG-Kommentar (2) § 27 Anm. 2.

2) Arnold-Meyer/Stolte, a.a.O. § 1 Anm. 2; Baur, Einige Bemerkungen zu den Funktionen der Rechtspflegeorgane in DRiZ 71,109; Blaesing, Rechtspflege u. Grundgesetz in NJW 71, 1436; Herbst, RPflG-Kommentar vor § 1 III 1; Kollhosser, Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der der freiw. Gerichtsbarkeit S. 58; Lappe, Gewaltenteilung und Rechtspfleger in RpflBl 62,67; Marquordt, Das RPflG 1969 in Rpfleger 70, 1 ff.; Rechtsgutachten über Stellung u. Tätigkeit der Rechtspfleger der Landesregierung Baden-Württemberg S. 21; Theilacker, Friedensgerichtsbarkeit u. Rechtspfleger S. 107.

3) So auch Theilacker a.a.O. S. 142.

7. Abschnitt: Die Zulässigkeit des Vorverfahrens vor dem Rechtspfleger

Die im 5. Abschnitt unter die rechtsprechende Gewalt subsumierten Streitentscheidungen sind somit gem. Art. 92 erster Halbs. GG dem Richter anvertraut. Da der Rechtspfleger nicht Richter im Sinne des Grundgesetzes ist,können ihm diese Streitentscheidungen allenfalls im Vorverfahren zugewiesen werden.

A. Administrative Vorverfahren de lege lata

Die Beantwortung der Frage, inwieweit solche Vorverfahren mit Art. 92 erster Halbs. GG vereinbar sind, hängt davon ab, ob im Vorverfahren rechtsprechende Gewalt durch nichtrichterliche Organe ausgeübt werden darf oder, anders formuliert, ob Art. 92 erster Halbs. GG dem Richter nur "das letzte Wort" oder bereits"das erste Wort" in der rechtsprechenden Gewalt einräumt.
Neben den auf Seite 1/2 dargestellten Vorverfahren vor dem Rechtspfleger sind de lege lata dem ordentlichen Rechtsweg zahlreiche Vorverfahren vor Verwaltungsbehörden vorgeschaltet:
das Verfahren nach §§ 157 ff i.V.m. 155 BBauG, [1] das Verfahren nach §§ 173, 210 ff Bundesentschädigungsgesetz, [2] das Verfahren nach §§ 28, 58 ff Landbeschaffungsgesetz, [3] das Verfahren nach §§ 49, 58, 81 Bundesleistungsgesetz, [4] das Verfahren nach §§ 17-25 Schutzbereichsgesetz, [5] das Verfahren nach § 35 Bundesjagdgesetz, [6] das Verfahren über den Herausgabeanspruch nach § 3 III Hinterlegungsordnung, [7] das Verfahren über den Entschädigungsanspruch

---

1) 23. Juni 1960 BGBl I S. 341 in der Fassung vom 23. Juni 1970 BGBl I S. 805.

2) 29. Juni 1956 BGBl I S. 562.

3) 23. Februar 1957 BGBl I S. 134 in der Fassung vom 29. November 1966 BGBl I S. 653.

4) 27. September 1961 BGBl I S. 1769 in der Fassung vom 24 Mai 1968 BGBl I S. 503.

5) 7. Dezember 1956 BGBl I S. 899 in der Fassung vom 24. Mai 1968 BGBl I S. 503.

6) 30. März 1961 BGBl I S. 304.

7) 10. März 1937 RGBl I S. 285 in der Fassung vom 5.November 1969 BGBl I S. 2065.

nach § 13 des Gesetzes über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen, [1] das Verfahren nach §§ 36 ff Strandungsordnung über Ansprüche auf Berge- und Hilfslohn, [2] das Verfahren nach § 291 Branntweinmonopolgesetz, [3] das Verfahren über Ordnungswidrigkeiten gem. §§ 53 ff. OWiG. [4]

Die Zulässigkeit der Durchführung solcher Vorverfahren durch nichtrichterliche Organe ist in Rechtsprechung und Schrifttum noch nicht abschließend geklärt. Es wird daher zunächst ein Überblick über den augenblicklichen Meinungsstand gegeben, im Anschluß daran wird eine eigene Stellungnahme versucht.

B. Übersicht über den gegenwärtigen Meinungsstand

In Rechtsprechung und Lehre wird zum Teil die Auffassung vertreten, die Ausübung rechtsprechender Gewalt im Vorverfahren sei mit Art. 92 erster Halbs. GG vereinbar. Eine Begründung für diese Auffassung wird nicht gegeben. [5]

Nach anderer Ansicht im Schrifttum folgt aus dem unterschiedlichen Wortlaut in Art. 92 erster Halbs. GG und Art. 104 GG, insbesondere aus dem Wort "nur" in Art. 104 I 1 GG, welches in Art. 92 erster Halbs. GG fehlt, daß in letzterem Bereich rechtsprechender Gewalt ein Vorverfahren durch nichtrichterliche Organe zulässig ist. [6]

Eine weitere Meinung schließt die Zulässigkeit des Vorverfahrens aus Art. 19 IV GG. Es genüge der gem. Art. 19 IV GG eröffnete Rechtsschutz; wer sich aber mit der Entscheidung im Vorverfahren begnüge, dem geschehe kein Unrecht. [7]

---

1) 8. März 1971 BGBl I S. 157.

2) 17. Mai 1874 RGBl S. 73.

3) 8. April 1922 RGBl I S. 335.

4) 24. Mai 1968 BGBl I S. 481 in der Fassung vom 8. März 1971 BGBl I S. 157.

5) BVerfGE 4,387 (409); 8,240 (246); Friesenhahn, Über Begriff u. Arten der Rspr. in Festschr. für Thoma S. 31; Jahrreis, Die Rechtspflege im Bonner GG in Verhandlungen des 37. DJT S. 34; Lorz, Naturschutz-, Tierschutz- und Jagdrecht (2) § 35 BJagdG Anm. 1; Referentendenkschrift zur Vorbereitung eines Richtergesetzes S. 11; v. Turegg, Gerichte in NJW 53,1201 (1201/1202).

6) Bauerle, Notwendigk. u. Rechtsstaatlichk. des Verwaltungssteuerstrafverf. in BB 1957,707 (708); Haver, Ist die Strafgewalt des Finanzamts mit dem Grundgesetz u. der Menschenrechtskonv. vereinbar ? in NJW 57, 88 (89).

7) BGH NJW 59, 1230 (1231/1232); Bachof, Verwaltungsgerichtsbark.

Weiterhin folgert eine Stimme im Schrifttum die Zulässigkeit des Vorverfahrens aus Art. 101 GG. [1]

Schließlich wird die Zulässigkeit des Vorverfahrens noch aus der Neubekanntmachung des § 13 GVG durch die Novelle von 1950 geschlossen. [2]

Demgegenüber ist der überwiegende Teil der Lehre, ferner ein Teil der Rechtsprechung der Auffassung, die Ausübung rechtsprechender Gewalt im nichtrichterlichen Vorverfahren verstoße gegen Art. 92 erster Halbs. GG. Eine Begründung gibt auch diese Ansicht nicht. [3]

---

u. Justiz unter besonderer Berücksichtigung des Bonner GG in SJZ 1950,162; Zum grundsätzl. Verhältnis von Justiz- u. Verwaltungsgerichtsbark. in ZZP 65, 2 (4); Gaul, Zur Struktur der Zwangsvollstreckung II in Rpfleger 71, 41 (49); Zur Reform des Zwangsvollstreckungsrechts in JZ 73, 473 (475).

1) Kern, Das Ende der Friedensgerichtsbarkeit in JZ 60, 244 (245).

2) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, ZPO-Kommentar Bd. I vor § 1 Anm. II 3.

3) BGHZ 11 Anhang S. 50; BVerwGE 2, 208 (210); OVG Münster 5, 243 (247/248); OVG Lüneburg 11, 394 (398); Arndt, Anm. zu BGH NJW 59, 1230/1231 daselbst; Ist eine Strafgew. des Finanzamtes mit dem GG vereinbar ? in NJW 57,249; Baur, Der Begriff der Rspr. u. die FG in DNotZ 55, 507 (515); Sozialer Ausgleich durch Richterspruch in JZ 57, 193; Justizaufsicht u. richterl. Unabhängigk. S. 24; Bender, Zur Frage der Verfassungsm. des Verwaltungssteuerstrafverf. nach der AO S. 29; Bettermann, Verwaltungsakt u. Richterspr. in Gedächtnisschr. für W. Jellinek; Die Grundrechte Bd. 3 Halbbd. 2 S. 876 m.w.N. in Fußn. 545; Gericht oder Verwaltungsbeh., Rspr. oder Verw.? in DÖV 59, 761 (763); Brüggemann, Rechtspr. Gew. S. 55; Dütz, Rechtsstaatl. Gerichtssch. im Privatrecht S. 87; Gerner-Decker-Kaufmann, Deutsches Richtergesetz § 1 Rdnr. 1; Giese, Zur Frage der steuerbeh. Strafbefugn. in FR 57, 217 (218); Giese-Schunck, GG-Kommentar Art. 92 II 3; Gossrau, Ist die Strafgew. u. die Bußgeldkomp. von Verwaltungsbeh. mit Art. 92 GG vereinbar ? in NJW 58, 929 (930); Greve, Zum Streit um die Strafgew. des Finanzamtes in AnwBl 59, 136 (137); Haas, Landesrecht vor Bundesger. in DVBl 57, 368 (371); Habscheid, Steuerstrafverf. u. GG in MDR 66, 1 (4/5); Das neue RPflG in RpflBl 70, 5 (8); Haman-Lenz, GG-Kommentar (3) Art. 92 Anm. A 4; Heinsheimer, Von der Unabhängigk. der Gerichte u. dem kategorischen Imperativ des Richteramtes S. 24 (für die WRV); Herdemerten. Ist § 419 II a.F. AO mit dem GG vereinbar ? in NJW 68, 1415; Holtkotten in BK Art. 92 II 1 d; Lent-Jauernig, Zivilprozeßrecht (15) § 3 II 2; Loppuch, Der verwaltungsbeh. Beschwerdebesch. u. seine Abg. vom Rechtsprechungsakt in NJW 53, 1126 (1127); v.Mangoldt, Das Bonner GG Art. 92 Anm. 3 m.w.N.; Möllinger, Gerichtsbark. bei Steuerdelikten in AöR 80, 276 (290); Müller-Webers, Das neue RPflG in DRiZ 71, 159; Nawiasky, Die Grundgedanken des GG für die BRD S. 46; Schmidt-Räntsch, Die neue Regierungsvorlage zum Richtergesetz in DRiZ 58,61; Schönke-Schröder-Niese, Lehrb. des Zivilprozeßrechts (8) § 11 II 1;

Weitere Stimmen im wissenschaftlichen Schrifttum schließen die Unzulässigkeit der Ausübung rechtsprechender Gewalt im nichtrichterlichen Vorverfahren nur aus einer Gegenüberstellung von Art. 19 IV GG und Art. 92 erster Halbs. GG. Das letzte Wort garantiere dem Richter bereits Art. 19 IV GG; durch die Zulässigkeit der Ausübung rechtsprechender Gewalt im Vorverfahren werde Art. 92 erster Halbs. GG seines Inhalts beraubt. [1]
Eine andere Auffassung folgert die Unzulässigkeit der Ausübung rechtsprechender Gewalt im Vorverfahren aus Art. 101 I 2 GG. [2]

Schließlich wird die Unzulässigkeit des Vorverfahrens auf den Bereich des Art. 104 GG begrenzt.[3]

C. Eigene Stellungnahme zur Zulässigkeit des Vorverfahrens

I. Das Argument aus § 13 GVG [4]

Zunächst ist zweifelhaft, ob der Gesetzgeber bei der Novellierung des Gerichtsverfassungsgesetzes von 1950 das Problem der Zulässigkeit der Ausübung rechtsprechender Gewalt im administrativen Vorverfahren erkannt hat. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, muß es als verfehlt angesehen werden, aus der rangniedrigeren Norm des Gerichtsverfassungsgesetzes die ranghöhere Norm des Grundgesetzes auslegen zu wollen. Eine solche Auslegung setzte einen formellen Rechtsprechungsbegriff voraus, den das Grundgesetz im Gegensatz zur Weimarer Reichsverfassung gerade nicht aufweist.[5] Folglich muß

Strauß, die rechtsprechende Gew. im Bonner GG in SJZ 49,523 (525); Ule, Verfassungsr. u. Verwaltungsprozeßr. in DVBl 59,537; Das Bonner GG u. die Justiz in DRiZ 50, 225 (226); GG u. Verwaltungsgerichtsbarkeit S. 15; Werner, Die Stellung des Richters im Bonner GG in JR 49,302 (305); Wolff, Die Voraussetzungen eines besonderen Verwaltungsgerichts in MDR 51, 67 (69).

1) Arndt, Rechtspr. Gew. u. Strafkomp. in Festschr. für C. Schmidt S. 26; Bettermann, Ev. Staatsl. Sp. 1721; Das Gerichtsverfassungsr. in der Rspr. des BVerfG in AöR 92, 496; Lotze, Sind Unterwerfungsverf. u. Strafbesch. der Finanzämter mit Art. 20 u. 92 GG vereinbar ? in NJW 56,1540/1541.

2) Arndt, Festschr. C. Schmidt a.a.O. S. 32.

3) Leonhard, Die Gewaltent. in der BRD Rpfleger 72, 277 (283).

4) Vgl. S. 90 Fußn. 2.

5) Vgl. S. 25.

§ 13 GVG als Auslegungsmaßstab außer Betracht bleiben.

II. Das Argument aus Art. 101 I 2 GG [1]

Diese Vorschrift setzt die Definition des gesetzlichen Richters voraus und gewährt sodann ein Grundrecht, diesem gesetzlichen Richter nicht entzogen zu werden. Bevor also aus dieser Vorschrift geschlossen werden kann, ob die Ausübung rechtsprechender Gewalt im Vorverfahren einen Entzug des gesetzlichen Richters darstellt, ist vorrangig zu prüfen, ob Art. 92 erster Halbs. GG ein Vorverfahren zuläßt oder nicht. Im ersten Fall bedeutet das Vorverfahren keinen Entzug des gesetzlichen Richters, wohl aber im zweiten Fall. Art. 101 I 2 GG verhängt also eine von der Auslegung des Art. 92 erster Halbs. GG abhängige Rechtsfolge und kann deshalb als Auslegungsmaßstab nicht herangezogen werden.

III. Das Argument aus Art. 104 II 1 GG

Aus dem Wortlaut des Art. 104 II 1 GG: "Über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung hat nur der Richter zu entscheiden", folgt unstreitig, daß in diesem Bereich ein Vorverfahren durch nichtrichterliche Organe unzulässig ist.[2]
Äußerst fraglich ist dagegen, ob hieraus gefolgert werden kann, im Bereich des Art. 92 erster Halbs. GG sei ein Vorverfahren durch nichtrichterliche Organe zulässig, weil Art. 92 erster Halbs. GG eine solche ausschließliche Zuweisung an den Richter nicht enthalte. [3][4] Diese Schlußfolgerung unterstellt, Art. 104 II 1 GG enthalte eine von Art. 92 erster Halbs. GG getrennte Zuweisung an die rechtsprechende Gewalt. Das ist jedoch nicht der Fall. Wie das Bundesverfassungsgericht zutreffend ausführt, "sind die von Verfassungs wegen zugewiesenen Aufgaben bei der begrifflichen Zusammenfassung der gerichtlichen Tätigkeit als der rechtsprechenden Gewalt mitumfaßt.[5] Die Zuweisung aller Aufgaben an die rechtsprechende Gewalt erfolgt somit durch Art. 92 erster Halbs. GG. Art. 104 II 1 GG regelt nur die für die rechtsprechende Gewalt im Bereich der

---

1) Vgl. S. 91 Fußnote 2.
2) Vgl. statt aller BVerfGE 22,49 (80).
3) Vgl. S. 89 Fußnote 6.
4) Die Verh. des Parlament. Rates enth. zu diesem Problemkreis keine Anhaltsp., vgl. Stenografischer Bericht S.295-303;475-481.
5) BVerfGE 22, 49 (75).

Freiheitsentziehung geltenden Besonderheiten. Die gleiche Funktion haben die übrigen auf Seite 55 genannten Vorschriften über die rechtsprechende Gewalt für den jeweils in ihnen geregelten Bereich.

Allein aus der Tatsache, daß Art. 104 I 2 GG für einen Teil der rechtsprechenden Gewalt im Sinne des Art. 92 erster Halbs. GG die besondere Regelung der Unzulässigkeit eines nichtrichterlichen Vorverfahrens trifft, kann jedoch nicht durch argumentum e contrario gefolgert werden, diese Besonderheit gelte im Bereich des Art. 92 erster Halbs. GG im übrigen nicht. Diese Vorschrift weist der rechtsprechenden Gewalt so zahlreiche und unterschiedliche Rechtsprechungsakte zu, daß diese Frage der Zulässigkeit nichtrichterlicher Vorverfahren gar nicht pauschal beantwortet werden kann. Art. 104 I 2 GG ist somit allein kein sicherer Auslegungsmaßstab.

IV. Das Argument aus Art. 19 IV GG

Ebenso problematisch wie das unter III behandelte Argument ist die Gegenüberstellung des Art. 19 IV GG mit Art. 92 erster Halbs. GG.[1)]

Die Fraglichkeit dieser Argumentation ergibt sich vor allem aus der unterschiedlichen Funktion beider Normen des Grundgesetzes.

Art. 92 erster Halbs. GG konkretisiert das in Art. 20 II 2 GG geregelte Prinzip der Funktionentrennung hinsichtlich der rechtsprechenden Gewalt durch Zuweisung dieses Funktionsbereiches an den Richter,[2)] gewährt aber dem Bürger kein subjektives Recht.

Ein solches subjektives Recht auf Rechtsschutz durch die rechtsprechende Gewalt im Falle einer Verletzung der Rechte des Bürgers durch die öffentliche Gewalt gewährt die Generalklausel des Art. 19 IV GG. Sie stellt das sogenannte formelle Hauptgrundrecht dar.[3)] Die materiellen Grundrechte erlangen ihre Bedeutung erst durch dieses formelle Grundrecht, das die prozessuale Durchsetzbarkeit der Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat schafft. Dieser Funktion dient auch die subsidiäre Eröffnung des ordentlichen Rechtsweges gem. Art. 19 IV " GG. Dadurch soll ein negativer Kompetenzkonflikt vermieden und der Rechtsschutz des Bürgers erleichtert werden.[4)]

---

1) Vgl. Seite 91 Fußnote 1.
2) Maunz-Dürig-Herzog, GG-Kommentar Art. 92 Rdnr. 2.
3) Stein, Lehrbuch des Staatsrechts S. 211.
4) Hauptausschuß Parl. Rat Stenograf. Ber. S. 591.

Die sich aus dieser Klagebefugnis des Bürgers gleichzeitig ergebende Entscheidungsbefugnis des Richters [1] ist nur ein Rechtsreflex aus dem formellen Grundrecht. Es ist daher verfehlt, aus Art. 19 IV GG zu folgern, die Funktion des Art. 92 erster Halbs. GG gegenüber dieser Vorschrift könne nur im Ausschluß der Zulässigkeit des nichtrichterlichen Vorverfahrens liegen, andernfalls sei Art. 92 erster Halbs. GG bedeutungslos.

V. Die historische Auslegung des Art. 92 erster Halbs. GG

Da sich aus den von Rechtsprechung und Schrifttum als Auslegungskriterien verwendeten Vorschriften keine Argumente für oder gegen die Vereinbarkeit nichtrichterlicher Vorverfahren mit Art. 92 erster Halbs. GG herleiten lassen, die hinreichend fundiert sind, ist nunmehr zu untersuchen, ob diese Frage durch historische Auslegung des Art. 92 erster Halbs. GG geklärt werden kann.
Dabei ist zu ermitteln, ob nach dem Willen des Grundgesetzgebers im Anwendungsbereich dieser Vorschrift ein nichtrichterliches Vorverfahren zulässig ist.
Aus den Verhandlungen des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, welche Auffassung der Grundgesetzgeber zu diesem Problem vertrat.[2] Dennoch ist Theilacker der Ansicht, die bei Erlaß des Grundgesetzes bereits bestehenden Vorverfahren seien mit Art. 92 erster Halbs. GG vereinbar. [3] Eine solche Auslegung läßt jedoch die gravierende Umgestaltung der rechtsprechenden Gewalt durch das Bonner Grundgesetz gegenüber der Weimarer Reichsverfassung außer Betracht, vgl. S. 22-26. Aufgrund dieser Umgestaltung muß die historische Auslegung auch hinsichtlich dieses Problemkreises durch eine teleologische ergänzt werden.

VI. Die teleologische Auslegung des Art. 92 erster Halbs. GG

Diese Auslegung muß wiederum von der Stellung und Bedeutung der

---

1) Bettermann, Grundr. Bd. 3 2. Halbbd. S. 783.

2) Vgl. 23. - 26., 37., 38., 44. u. 50. Sitzung des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates

3) Theilacker, Friedensgerichtsbarkeit u. Rechtspfleger S. 88.

rechtsprechenden Gewalt im Grundgesetz ausgehen. Dabei ist insbesondere zu prüfen, ob der hier vertretene historisch-teleologische Rechtsprechungsbegriff Einfluß auf die Zulässigkeit des Vorverfahrens durch nichtrichterliche Organe hat; anders formuliert, ob die Schwere und Bedeutung des staatlichen Eingriffs für den Einzelnen oder für die Allgemeinheit auch die Zulässigkeit des Vorverfahrens berührt.
Das bedeutet, daß insoweit Wertungen auf zwei Ebenen erfolgen: Auf der ersten Ebene ist zu prüfen, ob Schwere und Bedeutung des staatlichen Eingriffs in die Rechtsgüter des Einzelnen oder der Gesamtheit eine Zuordnung zur rechtsprechenden Gewalt erfordern; sodann ist auf der zweiten Ebene innerhalb des Funktionsbereiches der rechtsprechenden Gewalt zu untersuchen, ob der staatliche Eingriff so gravierend ist, daß die Zulässigkeit eines nichtrichterlichen Vorverfahrens ausgeschlossen ist, oder weniger schwerwiegend, so daß gegen ein Vorverfahren keine Bedenken bestehen.
In der Tat führt die Judikatur des Bundesverfassungsgerichtes diese Differenzierung durch, indem sie z.B. das Verwaltungssteuerstrafverfahren für mit Art. 92 erster Halbs. GG unvereinbar hält, [1] während sie das Ordnungswidrigkeitenverfahren für zulässig erachtet.[2]

1. Die Unvereinbarkeit des Verwaltungssteuerstrafverfahrens mit Art. 92 erster Halbs. GG

Das Bundesverfassungsgericht führt zur Unvereinbarkeit dieses Verfahrens mit Art. 92 erster Halbs. GG unter anderem aus: "Die Festsetzung von Strafen durch die Finanzbehörden bedeute Verhängung von Kriminalstrafen, diese sei Ausübung rechtsprechender Gewalt im Sinne des Art. 92 GG." [3] Zur näheren Begründung führt es an: Neben der Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten sei die Ausübung der Strafgerichtsbarkeit typische Aufgabe der rechtsprechenden Gewalt. [4] Dabei sei die Verhängung einer Kriminal-

---

1) BVerfGE 22, 49 ff.
2) BVerfGE 9,167 (171); 22, 49 (79); 27,18 (33).
3) BVerfGE 22, 49 (73). Vgl. demgegenüber Art. 3 Ziff. 206 RVereinheitlG vom 12.9.1950 BGBl S. 455.
4) BVerfGE 22,49 (78) m.H. auf BVerfGE 8,197 (207); 12,264 (274); 14, 56 (66).

strafe ein so schwerwiegender Eingriff in die Rechtssphäre des Staatsbürgers, daß sie unter allen Umständen nur durch den Richter vorgenommen werden dürfe. Für die Verurteilung zu Freiheitsstrafe spreche das Grundgesetz diese Rechtsfolge in Art. 104 II ausdrücklich aus. Das gleiche gelte aber für die Verurteilung zu Geldstrafe als Sühne für kriminelle Straftaten.[1] Diese Entscheidung scheint zunächst im Widerspruch zu der Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit des Verfahrens nach §§ 10 und 28 WDO [2] zu stehen. [3] Hier hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, die Verhängung der Arreststrafe nach § 10 Nr. 6 WDO durch den militärischen Vorgesetzten sei Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 104 GG. Dieses Verfahren ergebe sich aus den besonderen Erfordernissen in der Truppenorganisation und sei zur Vermeidung einer ernsthaften Gefährdung des mit dem Arrest verfolgten Zweckes nötig. Entscheidend bleibe, daß auch im Rahmen dieses Verfahrens der Richter in vollem Umfang die Verantwortung für die Freiheitsentziehung trage; denn ohne seine Einwilligung könne nach § 28 WDO die Arreststrafe nicht verhängt werden.[4]
Hieraus könnte gefolgert werden, wenn der militärische Vorgesetzte Freiheitsentziehungen verhängen dürfe, der Richter dagegen nur nach Maßgabe des § 28 WDO "das letzte Wort" habe, dann sei nicht einzusehen, weshalb eine Geldstrafe nicht durch eine Verwaltungsbehörde im Vorverfahren verhängt werden dürfe mit der Rechtsfolge, daß gegen diese Entscheidung der Richter angerufen werden könne.

Fraglich ist jedoch, ob diese Schlußfolgerung die Besonderheiten der Verhängung von Arreststrafen in hinreichendem Maße berücksichtigt. Die Verhängung der Arreststrafe könnte zunächst eine Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 104 II 2 GG darstellen. Diese Vorschrift scheint dem Wortlaut nach generell nicht auf richterlicher Anordnung beruhende Freiheitsentziehungen zuzulassen, wenn unverzüglich eine richterliche Entscheidung herbeigeführt wird. Die ratio legis besteht hingegen ausschließlich darin, dem Gesetzgeber zu gestatten, der Exekutive im Interesse der Aufklärung

---

1) BVerfGE 22,49 (80).
2) 15. März 1957 BGBl I S. 189 i.d.F. vom 9. Juni 1961 BGBl I S.697.
3) BVerfGE 22, 311 ff.
4) BVerfGE 22, 311 (318).

und Bekämpfung der Kriminalität sowie der Bekämpfung sonstiger akuter Gefahren das Recht des ersten Zugriffs einzuräumen; das folgt auch aus dem Zusammenhang mit den folgenden Sätzen. Daher kann aus dieser Vorschrift nicht gefolgert werden, der Gesetzgeber könne die Exekutive ermächtigen, auch in anderen Fällen Freiheitsentziehungen ohne richterliche Anordnung vorzunehmen.Das gilt insbesondere dann, wenn ein rascher Zugriff durch die Exekutive nicht erforderlich ist, also im Bereich der Verhängung von Freiheitsentziehungen als Sühne für begangenes Unrecht. § 10 Nr. 6 WDO stellt somit keinen Fall der Freiheitsentziehung im Sinne des Art. 104 II 2 GG dar und weist insoweit gegenüber der Verhängung von Freiheitsstrafen keine Besonderheiten auf.
Weiterhin ist jedoch zu berücksichtigen, daß die Verhängung der Arreststrafe im besonderen Gewaltverhältnis erfolgt. In einem solchen besonderen Gewaltverhältnis sind die Grundrechte zwar nicht suspendiert, wohl aber insoweit eingeschränkt, wie der Bestand des konkreten besonderen Gewaltverhältnisses es erfordert.[1] Im besonderen Gewaltverhältnis der Wehrmacht ist das Justizgrundrecht des Art. 104 I 1 GG somit eingeschränkt, soweit es die Belange der Wehrmacht erfordern. Im Truppendienst ist eine schnelle und wirksame Reaktion auf Verstöße gegen Zucht und Ordnung geboten, um eine geordnete Verteidigungsbereitschaft der Truppe zu gewährleisten. Förmliche Gerichtsverfahren, auch solche summarischer Art, würden zu schwer tragbaren Verzögerungen führen.[2]
Das Verfahren nach §§ 10, 28 WDO ist somit als Einschränkung des Justizgrundrechts aus Art. 104 I 1 GG innerhalb des besonderen Gewaltverhältnisses "Wehrmacht" dahin gehend zu werten, daß die Verhängung der Arreststrafe durch den militärischen Vorgesetzten erfolgen kann mit der Maßgabe, daß der Richter nur nach § 28 WDO tätig wird. Aus dieser Wertung heraus kann dieses Verfahren nicht als Auslegungsmaßstab außerhalb beson-

---

1) Vgl. statt aller Schmidt-Bleibtreu-Klein, GG-Kommentar (2) Art. 7 Rdnr. 10; Art. 11 Rdnr. 12 m.w.N.; Art. 17 Rdnr. 9 m.w.N.; Art. 19 Rdnr. 24 m.w.N.

2) So auch BVerfGE 22, 311 (318).

derer Gewaltverhältnisse herangezogen werden. Die Frage der Zulässigkeit der Verhängung von Geldstrafen im administrativen Vorverfahren kann somit nur durch Gegenüberstellung mit der Verhängung von Freiheitsstrafen außerhalb besonderer Gewaltverhältnisse beantwortet werden.

Ein Vergleich von Freiheitsstrafe und Geldstrafe zeigt, daß zunächst beiden der ethische Schuldvorwurf gemeinsam ist. Beide Strafen sind Bußen für kriminelles Unrecht. Dieser Schluß ergibt sich insbesondere aus § 43 StGB, [1] nach dieser Vorschrift tritt an die Stelle einer uneinbringlichen Geldstrafe eine Freiheitsstrafe.

Ferner steht nahezu im gesamten Strafrecht neben der Freiheitsstrafe die Geldstrafe, die entweder an die Stelle der Freiheitsstrafe treten oder neben dieser verhängt werden kann, vgl. §§ 92a, 100, 104 I, 106a I, 106b I, 108 I 1, 108b I, 109b IV, 109i, 113 II, 123 I, II, 130, 131, 132 I, 134, 136, 137, 138 III, 140 I, 142 I, 143 I, 145c, 145d, 148 I, 166 I, 167 I, 167a, 170a, 183, 184a, 185, 186, 187 II, 189 I, 219 I, 220, 223 I, 230, 235 I, 236, 237, 239, 240 I, 241, 246 I, 248c, 263 I, 264a, 265, 265a, 266 I, 271, 272, 281 I, 284 I, 284a, 285, 286 I, 288 I, 290, 293 I, 296a, 297, 298 I, 299, 300 I, 301 I, 302 I, 302a, 302b, 302d, 302f, 303 I, 304 I, 315a, 315b V, 315c III, 316, 317 III, 328 I, 330a I, 330b, 330c, 333, 342, 345 II, 352 I, 353a II, 353c I StGB.

Der in der Geldstrafe zum Ausdruck kommende ethische Schuldvorwurf ist grundsätzlich quantitativ geringer als der sich in der Freiheitsstrafe manifestierende - ähnlich dem Verhältnis geringere zu höherer Freiheitsstrafe -, nicht aber qualitativ unterschiedlich. Weiterhin sind beide Strafen registerpflichtig, vgl. § 4 BZRG. [2] Außerdem erfolgt auch die Vollstreckung der Geldstrafe durch die Strafvollstreckungsbehörden.

Dem Bundesverfassungsgericht ist somit darin zuzustimmen, daß auch die Verhängung einer Geldstrafe ein so schwerwiegender Eingriff in die Rechtssphäre des Bürgers darstellt, daß sie nur durch den Richter, nicht aber im nichtrichterlichen Vorverfahren erfolgen

---

1) StGB AT vom 4. Juli 1969 BGBl I S. 717.

2) 18. März 1971 BGBl I S. 243 in der Fassung vom 19. September 1972 BGBl I S. 1797.

darf. Die abweichende Meinung [1] ist daher abzulehnen, sie wird auch seit der vorstehenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht mehr vertreten.

2. Die Vereinbarkeit des Ordnungswidrigkeitenverfahrens mit Art. 92 erster Halbs. GG

Demgegenüber begründet das Bundesverfassungsgericht die Vereinbarkeit des Ordnungswidrigkeitenverfahrens - § 36 OWiG erklärt im Vorverfahren die Verwaltungsbehörde für sachlich zuständig - wie folgt: "Das Ordnungswidrigkeitenverfahren ist kein Strafverfahren. Die Entwicklung ist in den letzten Jahrzehnten dahin gegangen, aus dem Kreis der strafrechtlichen Tatbestände Fälle mit geringem Unrechtsgehalt auszusondern und sie als bloßes Verwaltungsunrecht der Ahndung durch Verwaltungsbehörden (mit rechtlicher Kontrolle durch die Gerichte) zu überlassen." [2]
Eine verfassungsdogmatische Begründung dieser Auffassung gibt das Bundesverfassungsgericht in der späteren Entscheidung zur Zulässigkeit des Verwaltungssteuerstrafverfahrens. [3] Dort führt es an: " Der Gesetzgeber kann in gewissem Umfang den Bereich der materiellen Rechtsprechung dadurch verändern, daß er beispielsweise die Materie Strafrecht reduziert oder in einer rechtspolitisch anderen Wertung des Unrechtsgehalts bisherige Straftatbestände ersetzt durch die Qualifizierung einer Verhaltensweise als bloße Ordnungswidrigkeit." [4]
Auf diese Weise entzieht sich das Bundesverfassungsgericht dem Problem, ob rechtsprechende Gewalt im nichtrichterlichen Vorverfahren ausgeübt werden darf, dergestalt, daß es das Ordnungswidrigkeitenverfahren auf der Ebene der Zuordnung zur rechtsprechenden Gewalt aus dem Funktionsbereich der Judikative ausklammert. Insoweit folgt das Bundesverfassungsgericht der Begründung des

---

1) Klein, Rechtsgutachten über die Zulässigkeit des Verwaltungssteuerstrafverfahrens mit Übersicht über den Meinungsstand; BVerfGE 22, 49 (79/80) weitere Quellennachweise.

2) BVerfGE 8, 197 (207).

3) BVerfGE 22, 49 ff.

4) BVerfGE 22, 49 (78); 22, 125 (132); 23, 113 (126); 27, 18 (28).

Ordnungswidrigkeitengesetzes durch den Gesetzgeber, der gleichfalls von dieser Differenzierung zwischen Kriminal- und Verwaltungsunrecht ausgegangen ist. [1]

Dieses Verwaltungsunrecht kann gem. § 13 I OWiG mit einer Geldbuße bis zu 1000 DM geahndet werden, wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt; gem. § 26 II Nr. 1 OWiG sowie gem. § 33 IV OWiG kann diese bis zu 100 000 DM betragen, das entspricht gem. § 7 AktG [2] dem Mindestnennbetrag des Grundkapitals einer AG.

Diese Ausklammerung des Verwaltungsunrechts aus dem Funktionsbereich rechtsprechender Gewalt könnte zu folgendem Schluß verleiten: Wenn ein solcher Eingriff in die Rechtssphäre des Bürgers als so leicht gewertet wird, daß dieser nicht einmal dem Funktionsbereich der rechtsprechenden Gewalt zugeordnet ist, dann können die auf Seite 58 - 62 dargestellten Streitentscheidungen auch dem Rechtspfleger im Vorverfahren zugeordnet werden.

Diese Schlußfolgerung setzt jedoch zunächst voraus, daß der vom Bundesverfassungsgericht vorgenommenen Differenzierung von Kriminal- und Verwaltungsunrecht gefolgt werden kann. In Rechtsprechung und Schrifttum werden als Unterschiede zwischen den Tatbeständen beider Unrechtsgruppen genannt: [3]

1) Im Gegensatz zum Kriminalunrecht erhebe das Verwaltungsunrecht keinen ethischen Schuldvorwurf.
2) Eine Umwandlung der Geldbuße in eine Ersatzfreiheitsstrafe sei ausgeschlossen.
3) Es bestehe keine Registerpflicht nach § 4 BZRG.
4) Die Vollstreckung erfolge gem. § 90 OWiG nach Maßgabe der Verwaltungsvollstreckungsgesetze. [4]
5) Der unangefochtene Bußgeldbescheid erlange keine materielle Rechtskraft. [5]

---

1) Bundestagsdrucksache 1949 Nr. 2100 S. 15 m.H. auf J. Goldschmidt.
2) 6. September 1965 BGBl I S. 1089 i.d.F. v. 28.August 1969 BGBl I S. 1513.
3) Vgl. BVerfGE 8,197 (207); 9,167 (171); 22,49 (79); 22,125 (132); 23,113 (126); 27,18 (28); Bundestagsdrucksache 1949 Nr. 2100 S.15.
4) Bei Verwaltungsbeh. des Bundes Verwaltungsvollstreckungsgesetz 27. April 1953 i.d.F. vom 23. Juni 1970 BGBl I 157 bzw. 805; sonst nach landesrechtl. Vorschr. in NRW VwVG NW vom 23.Juli 1957 GVNW S. 216 i.d.F. vom 5. Oktober 1971 GVNW S. 326.
5) Bettermann, in Ev. Staatslexikon Spalte 1721.

Die Geeignetheit dieser Komponenten als Kriterien für die Ausklammerung des Verwaltungsunrechts aus dem Funktionsbereich der rechtsprechenden Gewalt ist jedoch sehr fraglich.

a) Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Der Bund leitet seine Gesetzgebunskompetenz für das Ordnungswidrigkeitenrecht aus Art. 74 Nr. 1 GG her. Diese Vorschrift umfasse nicht nur das Strafrecht im herkömmlichen Sinne, sondern auch das Ordnungswidrigkeitenrecht. [1] Das Bundesverfassungsgericht bestätigt die Richtigkeit dieser Auffassung. [2] Von dieser Gesetzgebungskompetenz aus gesehen ist die Diffenrenzierung Kriminalunrecht - Verwaltungsunrecht sehr fragwürdig.

b) Das Fehlen des ethischen Schuldvorwurfs

Hinsichtlich des angeblichen Fehlens des ethischen Schuldvorwurfs stimmt bereits § 17 I 1 OWiG bedenklich. Gemäß dieser Vorschrift wird auf eine Handlung, die gleichzeitig Straftat und Ordnungswidrigkeit ist, nur das Strafgesetz angewendet. Daraus folgt, daß ein- und dieselbe Handlung einmal Straftat sein kann, mit der Folge, daß ein ethischer Schuldvorwurf erhoben wird, einmal Ordnungswidrigkeit mit der Maßgabe, daß der ethische Schuldvorwurf entfällt. Der Konflikt wird dann so gelöst, daß das Strafgesetz angewendet wird, die Ordnungswidrigkeit als subsidiär zurücktritt und somit der ethische Schuldvorwurf erhoben wird, obwohl er hinsichtlich der Ordnungswidrigkeit nicht vorliegt. Die Konsequenz dieser angeblichen Unterscheidungskomponente ist verwirrend. Ursache dieser Ungereimtheit ist, daß die Frage des ethischen Schuldvorwurfs von der Art der Rechtsfolge, die die Handlung auslöst, nicht aber von der Handlung selbst her, beantwortet wird. Eine Handlung kann aber nur aus sich heraus ethisch vorwerfbar sein oder nicht, dagegen kann ein ethischer Vorwurf nicht durch eine an die Handlung anknüpfende Rechtsfolge begründet werden. Diese Methode der Differenzierung stellt eine Verwechslung von Ursache und Wirkung dar. Sie kommt besonders zum Ausdruck durch die Umgestaltung von Straftatbeständen in Ordnungswidrigkeiten, vgl. z.B. §§ 124, 125 SeemannsG [3] mit

---

1) Bundestagsdrucksache 1949 Nr. 2100 S. 15.
2) BVerfGE 27, 18.
3) 26. Juli 1957 BGBl II S. 713.

§§ 96, 114 SeemannsO [1] sowie §§ 38, 39 KartellG. [2]
Das Fehlen des ethischen Schuldvorwurfs kann folglich als Unterscheidungskriterium nicht anerkannt werden. Vielmehr unterscheidet sich der Schuldvorwurf im Bereich des Kriminalunrechts von dem im Bereich des Verwaltungsunrechts nur dem Grade, nicht aber der Kategorie nach.

c) Das Fehlen der Eintragung in das Strafregister

Weiterhin ist fraglich, ob das Fehlen der Eintragung in das Strafregister als Unterscheidungskriterium geeignet ist. Zunächst ist richtig, daß die Eintragung der Strafe in das Strafregister gegenüber der nichteintragungspflichtigen Buße im Ordnungswidrigkeitenverfahren eine zusätzliche Belastung darstellt; der wegen einer Straftat Verurteilte ist vorbestraft. Gem. § 30 II Ziff. 4 BZRG werden jedoch Verurteilungen, durch die auf Geldstrafe erkannt worden ist, dann nicht in ein Führungszeugnis aufgenommen, wenn die Ersatzfreiheitsstrafe nicht mehr als einen Monat beträgt und keine Freiheitsstrafe im Register eingetragen ist oder mehr als einen Monat, aber nicht mehr als drei Monate beträgt, und in Register keine weitere Strafe eingetragen ist. Nach Ziff. 5 dieser Vorschrift gilt die gleiche Regelung bei Verurteilungen, durch die auf Freiheitsstrafe von nicht mehr als drei Monaten erkannt worden ist, wenn im Register keine weitere Strafe eingetragen worden ist. Folglich werden Verurteilungen wegen der vom Bundesverfassungsgericht als "Tatbestände minderen Unrechtsgehalts" bezeichneten Delikte, die in Ordnungswidrigkeiten umgewandelt werden könnten, nicht in Führungszeugnisse aufgenommen, so daß insoweit die Hauptbelastung der Eintragung entfällt. Die Tilgungsfrist für die Eintragung dieser Verurteilungen beträgt nach § 44 Ziff. 1 BZRG fünf Jahre. Während dieser Zeit darf nur den in § 39 I BZRG genannten Adressaten über die Eintragung Auskunft gegeben werden.
Das Fehlen dieser Belastung im Ordnungswidrigkeitenverfahren allein reicht jedoch keineswegs aus, um die Verhängung der Geldbuße im Gegensatz zur Verhängung von Geldstrafen, welche der rechtsprechenden Gewalt ohne Zulässigkeit eines Vorverfahrens zugeordnet ist, aus

---

1) 2. Juni 1902 RGBl S. 175.
2) 3. Januar 1966 BGBl I S. 37 i.d.F. vom 22. Juli 1969 BGBl I S.901.

dem Funktionsbereich der Rechtsprechung auszuklammern.

d) Vollstreckung

Schließlich liegt in der Vollstreckung der Geldstrafe durch die Staatsanwaltschaft als Strafvollstreckungsbehörde nach § 451 I StPO gegenüber der Vollstreckung der Geldbuße gem. § 90 OWiG durch die Verwaltungsbehörden kein so erheblicher Unterschied, daß aus diesem Grunde eine Differenzierung gerechtfertigt wäre.

e) Das Fehlen der Umwandlung einer Geldbuße in eine Ersatzfreiheitsstrafe

Ein weiterer Unterschied zwischen Geldbuße und Geldstrafe besteht darin, daß die Geldbuße im Gegensatz zur Geldstrafe nicht in eine Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt werden kann. Wird die Geldstrafe nicht fristgerecht entrichtet, so wird sie zwangsweise beigetrieben; im Falle der Uneinbringlichkeit tritt gem. § 43 StGB an ihre Stelle die Ersatzfreiheitsstrafe.
Bei der Vollstreckung des Bußgeldbescheides kann nach Ablauf der in § 95 OWiG bezeichneten Frist - also zwei Wochen nach Eintritt der Fälligkeit - nach Maßgabe des § 96 OWiG Erzwingungshaft angeordnet werden, nach Absatz 1 Ziff. 4 dieser Vorschrift jedoch nicht im Falle der Zahlungsunfähigkeit. Damit steht hinter dem Bußgeldbescheid unter den Voraussetzungen des § 96 I OWiG ebenso die Gefahr der Freiheitsentziehung wie bei der Geldstrafe. Dabei gelten für die Vollstreckung der Erzwingungshaft gem. § 97 I OWiG der § 451 StPO, im Verfahren gegen Jugendliche und Heranwachsende die §§ 82 I, 84, 85 III JGG sinngemäß. Nur im Falle der Zahlungsunfähigkeit geht der Bußgeldbescheid ins Leere, nur insoweit besteht ein Unterschied zur Geldstrafe. Es ist daher zu prüfen, ob dieser Unterschied für eine Ausklammerung des Ordnungswidrigkeitenverfahrens aus dem Funktionsbereich rechtsprechender Gewalt ausreicht oder, anders formuliert, ob die Möglichkeit, an Stelle der Geldstrafe eine Ersatzfreiheitsstrafe zu verhängen, das entscheidende Kriterium für die Zuordnung der Verhängung von Geldstrafen zum Funktionsbereich rechtsprechender Gewalt ist. Auf Seite 98 wurde bereits ausgeführt, daß die qualitative Gleichwertigkeit von Geld- und Freiheitsstrafe den Ausschlag für die Zuordnung der Verhängung der Geldstrafe zum Funktionsbereich rechtsprechender Gewalt ohne Zulässigkeit eines nichtrichterlichen Vor-

verfahrens gibt, nicht dagegen allein die Möglichkeit der Umwandlung einer Geldstrafe in eine Ersatzfreiheitsstrafe. Daher reicht das Fehlen dieser Möglichkeit im Ordnungswidrigkeitenverfahren nicht für eine Ausklammerung aus dem Funktionsbereich rechtsprechender Gewalt aus.

f) Das Fehlen der materiellen Rechtskraft

Schließlich ist noch zu prüfen, ob die Tatsache, daß der unangefochtene Bußgeldbescheid nicht der materiellen Rechtskraft fähig ist, ausreicht, eine Zuordnung des Ordnungswidrigkeitenverfahrens zur rechtsprechenden Gewalt zu verneinen.
Der Bußgeldbescheid ist nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz als Verwaltungsakt ausgestaltet; er ist das Gebot der Verwaltungsbehörde an den Staatsbürger im Einzelfall, die im Bescheid festgesetzte Geldbuße zu zahlen. Bezüglich des Fehlens der Rechtskraft könnten sich prima facie Bedenken aus § 89 OWiG ergeben. Nach dieser Vorschrift setzt die Vollstreckung des Bußgeldbescheides die Rechtskraft voraus. Gemeint ist hier jedoch die Unanfechtbarkeit des Bußgeldbescheides durch den Adressaten, also die formelle Rechtskraft. [1] Materiell rechtskräftig kann der Bußgeldbescheid schon gem. § 86 I OWiG nicht werden. Nach Satz 1 dieser Vorschrift ist der Bußgeldbescheid bei Verurteilung des Betroffenen wegen derselben Handlung in einem Strafverfahren insoweit aufzuheben. Gem. Satz 2 gilt dasselbe, wenn es im Strafverfahren nicht zu einer Verurteilung kommt, jedoch die Feststellungen, die das Gericht in der abschliessenden Entscheidung trifft, dem Bußgeldbescheid entgegenstehen. Nach der Rechtsprechung ist diese Bestimmung auch entsprechend anzuwenden, wenn es mangels hinreichenden Tatverdachts nicht zur Einleitung eines Strafverfahrens kommt.[2] Über den Bußgeldbescheid kann somit erneut entschieden werden; er ist der materiellen Rechtskraft nicht fähig, sondern lediglich materiell bestandskräftig.[3]
Auf Seite 46 ff. wurde jedoch bereits ausgeführt, daß die materielle Rechtskraft nicht geeignet ist, den Funktionsbereich der rechtspre-

---

1) Differenzierung formelle-materielle Rechtskraft vgl. S. 46/47.
2) OLG Bremen in GA 63,213.
3) Vgl. statt aller Bettermann, Ev. Staatslexikon Spalte 1721.

den Gewalt abzugrenzen, daß vielmehr die Schwere und Bedeutung des staatlichen Eingriffs für den Einzelnen bzw. für die Allgemeinheit entscheidend sei. Das Fehlen der materiellen Rechtskraft als solches vermag deshalb den Ausschluß des Ordnungswidrigkeitenverfahrens aus der rechtsprechenden Gewalt nicht zu rechtfertigen.

Nun könnte letztlich noch eingewandt werden, die materielle Bestandskraft des Bußgeldbescheides belaste den Betroffenen weniger als die materielle Rechtskraft des eine Geldstrafe verhängenden Strafurteils. Letzteres könne nach Eintritt der formellen Rechtskraft und der dieser folgenden materiellen Rechtskraft nur sehr viel schwieriger beseitigt werden als der Bußgeldbescheid.
Ob und inwieweit diese Argumentation begründet ist, ist für die Wiederaufnahme zugunsten und zuungunsten des Betroffenen getrennt zu prüfen.
Nach Eintritt der formellen und materiellen Rechtskraft des Strafverfahrens kann eine Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten nur nach Maßgabe des § 359 StPO erfolgen. Auf diese Vorschrift verweist § 85 I OWiG hinsichtlich der Wiederaufnahme des Ordnungswidrigkeitenverfahrens mit der Besonderheit, daß gem. Absatz 2 dieser Vorschrift unter den dort genannten Voraussetzungen eine Wiederaufnahme nach § 359 Nr. 5 StPO unzulässig ist. Insoweit geht die Bestandskraft des Bußgeldbescheides weiter als die Rechtskraft des Strafurteils. Ferner wird der Bußgeldbescheid im Strafverfahren unter den Voraussetzungen des § 86 I OWiG aufgehoben, vgl. S. 104. Im Falle des Satzes 1 dieser Vorschrift, welcher eine Folge der Subsidiarität des Ordnungswidrigkeitenverfahrens darstellt, tritt an die Stelle des Bußgeldbescheides das Strafurteil, so daß dem Verurteilten die Aufhebung des Bußgeldbescheides nichts nutzt. Nur im Falle des Satzes 2 erfolgt eine Aufhebung zugunsten des Betroffenen, wenn im Strafverfahren eine Verurteilung nicht ergeht, jedoch das Gericht in der abschließenden Entscheidung Feststellungen trifft, die dem Bußgeldbescheid entgegenstehen. Insoweit wirkt sich die geringere Bestandskraft zugunsten des Betroffenen aus.
Die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten ist nur unter den Voraussetzungen des § 362 StPO zulässig. Aus der materiellen Bestandskraft des Bußgeldbescheides als Minus gegenüber der materiellen Rechtskraft könnte im Gegensatz zur Wiederaufnahme zugunsten des Angeklagten bei der Wiederaufnahme in malam partem nun gefolgert

werden, die materielle Bestandskraft wirke sich sogar belastender aus als die materielle Rechtskraft des Strafurteils, weil sie leichter als diese eine Wiederaufnahme in malam partem zulasse. Dem steht jedoch § 86 III OWiG entgegen, der anordnet, daß eine Wiederaufnahme zuungunsten des Betroffenen unter den Voraussetzungen des § 362 StPO nur zulässig ist, um die Verurteilung nach einem Strafgesetz herbeizuführen. Durch diese Regelung wird die Möglichkeit zur Wiederaufnahme beim Strafurteil gleichgestellt. Zusammenfassend kann folglich zum Unterschied zwischen materieller Rechtskraft des Strafurteils und materieller Bestandskraft des Bußgeldbescheides festgestellt werden, daß die materielle Bestandskraft des Bußgeldbescheides nur im Rahmen des § 86 I 2 OWiG für den Betroffenen günstiger ist als die materielle Rechtskraft des Strafurteils. Diese Ausnahme reicht jedoch nicht aus, um die Notwendigkeit der Zuordnung zur rechtsprechenden Gewalt zu verneinen.

g) Zuordnung des Ordnungswidrigkeitenverfahrens zur rechtsprechenden Gewalt

Die vorstehende Überprüfung der vermeintlichen Unterscheidungskriterien zwischen Geldstrafe als Reaktion auf Kriminalunrecht und Geldbuße als Reaktion auf Verwaltungsunrecht hat gezeigt:

1) Die Herleitung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Ordnungswidrigkeitenverfahren aus Art. 74 Nr. 1 GG macht die Unterscheidung Kriminalunrecht - Verwaltungsunrecht bereits fraglich.
2) Der ethische Schuldvorwurf einer Handlung entsteht durch ihre ethische Verwerflichkeit, nicht dagegen dadurch, daß der Gesetzgeber sie als Kriminalunrecht wertet.
   Außerdem sind die Grenzen der Ethik fließend. Eine präzise Trennung zwischen rein rechtlichem Unrecht als Verwaltungsunrecht und ethischem Unrecht als Kriminalunrecht ist nicht möglich. Der Unterschied besteht lediglich darin, daß der ethische Schuldvorwurf im Verwaltungsunrecht weniger schwerwiegend ist als im Kriminalunrecht.
3) Die Eintragung der Geldstrafe ins Strafregister führt im Bereich der Tatbestände mit geringem Unrechtsgehalt nur während der Dauer von 5 Jahren zu der Auskunftspflicht nach § 39 I BZRG. Das Fehlen dieser Belastung im Ordnungswidrigkeitenverfahren reicht für eine

Ausklammerung aus dem Rechtsprechungsbereich nicht aus.

4) Das Vollstreckungsverfahren weist keine erheblichen Unterschiede auf.

5) Da die Möglichkeit, eine Geldstrafe in eine Ersatzfreiheitsstrafe umzuwandeln, nicht ausschlaggebend ist für die Zuordnung der Verhängung von Geldstrafen zur rechtsprechenden Gewalt, kann umgekehrt das Fehlen dieser Möglichkeit im Ordnungswidrigkeitenverfahren nicht ausschlaggebend sein für den Ausschluß aus dem Funktionsbereich rechtsprechender Gewalt.

6) Die nur materielle Bestandskraft des Bußgeldbescheides wirkt sich nur im Rahmen des § 86 I 2 OWiG für den Betroffenen günstiger aus als die materielle Rechtskraft des Strafurteils.

Weiterhin ist als ganz entscheidende Belastung für den Bürger der Geldstrafe und der Geldbuße das finanzielle Opfer gemeinsam. Eine solche Geldbuße wirkt auf die Rechtsshäre des Betroffenen einschneidender als eine niedrige Geldstrafe. Aus diesen Gründen ist auch das Ordnungswidrigkeitenverfahren der rechtsprechenden Gewalt zugeordnet. Der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann deshalb nicht zugestimmt werden.

Sie steht unter Berücksichtigung des hier vertretenen Rechtsprechungsbegriffes auch im Widerspruch zur Entscheidung über die Zulässigkeit der Gemeindegerichtsbarkeit in Baden-Württemberg.[1] Die Gemeindegerichte sind zuständig, bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten mit Streitwerten bis zu 100 DM zu schlichten und gegebenenfalls zu entscheiden.[2] Gerade aus dieser Aufgabe, welche eine typische rechtsprechender Gewalt darstelle, schließt das Bundesverfassungsgericht unter anderem auf den Gerichtscharakter, den es näher als besonderes Gericht im Sinne des § 14 GVG bezeichnet.[3] Eine teleologische Auslegung des Art. 92 erster Halbs. GG, die an der Schwere und Bedeutung des staatlichen Eingriffs orientiert ist, läßt es jedoch nicht zu, einerseits die Entscheidung solcher Rechtsstreitigkeiten, die als Bagatellfälle anzusehen sind, der rechtsprechenden Gewalt zuzuordnen, andererseits Geldbußen, die

---

1) BVerfGE 24, 56 ff.

2) Vgl. § 24 I baden-württembergisches Gesetz über die Gemeindegerichtsbarkeit vom 7. März 1960 GBl S. 73.

3) BVerfGE 14, 56 (65).

das Tausendfache des Höchststreitwertes erreichen können, aus dem Funktionsbereich der Rechtsprechung auszuklammern.
Weiterhin birgt die Entscheidung die Gefahr einer Verschiebung der Gewichte zwischen Rechtsprechung und Verwaltung im Bereich der Verhängung von Kriminalstrafen in sich. Das Bundesverfassungsgericht führt aus: "Der Gesetzgeber kann in gewissem Umfang den Bereich der materiellen Rechtsprechung dadurch verändern, daß er beispielsweise die Materie Strafrecht reduziert oder in einer rechtspolitisch anderen Wertung des Unrechtsgehalts bisherige Straftatbestände ersetzt durch die Wertung einer Verhaltensweise als bloße Ordnungswidrigkeit." [1]
Diese Abgrenzung enthält ein beträchtliches Maß an Unsicherheit. Wo liegt die Grenze des "gewissen Umfanges", in dem der Bereich der materiellen Rechtsprechung durch eine Reduzierung der Materie Strafrecht verändert werden kann ? Die Beantwortung dieser Frage ist bezüglich der Quantität der umwandlungsfähigen Straftatbestände und der Schwere des Unrechtsgehalts ungewiß. Bezüglich der letzten Frage führt das Bundesverfassungsgericht aus, für eine Umgestaltung kämen nur Tatbestände minderen Unrechtsgehaltes in Betracht.[2]
Damit gibt es wiederum eine Generalklausel, die nicht geeignet ist, der Legislative eine exakte Grenze aufzuzeigen. Es besteht somit die Gefahr, daß die Legislative eine Reihe von Straftatbeständen in Ordnungswidrigkeiten umgestaltet, sie den Verwaltungsbehörden überträgt und so im Bereich des Strafrechts eine nicht unerhebliche Gewichtsverschiebung zwischen Judikative und Exekutive zugunsten der Exekutive herbeiführt. Insofern ist diese Entscheidung auch im Hinblick auf Art. 20 II 2 GG bedenklich.
Nachdem die Zuordnungsfrage im Sinne der Zuordnung zur rechtsprechenden Gewalt entschieden ist, stellt sich nunmehr die Frage nach der Zulässigkeit des administrativen Vorverfahrens.
Die Beantwortung dieser Frage hat insbesondere zu berücksichtigen, daß die entscheidende Beeinträchtigung der Rechtssphäre des Bürgers sowohl bei der Geldbuße als auch bei der Geldstrafe das finanzielle Opfer darstellt und daß insoweit die Geldbuße der Geldstrafe nicht nachsteht. Deshalb ist auch die Verhängung der Geldbuße im Vorver-

---

1) BVerfGE 22, 49 (78).
2) BVerfGE 8, 197 (207).

fahren mit Art. 92 erster Halbs. GG nicht zu vereinbaren.
Die Verhängung der Geldbuße kann folglich als Auslegungsmaßstab nur dergestalt herangezogen werden, daß ein nichtrichterliches Vorverfahren im Bereich des Art. 92 erster Halbs. GG sicherlich dann unzulässig ist, wenn der betreffende staatliche Eingriff in die Rechtssphäre des Bürgers die gleiche oder eine in starkem Maße ähnliche Intensität erreicht wie die Verhängung der Geldbuße.

3. Die Vereinbarkeit der Verhängung der Geldstrafe gem. § 888 ZPO durch den Rechtspfleger gem. § 20 Nr. 17 RPflG mit Art. 92 erster Halbs. GG

Nach diesen Vorschriften kann der Rechtspfleger Geldstrafen in unbeschränkter Höhe verhängen. Auch diese Geldstrafen stellen keine Sühne für kriminelles Unrecht dar. Da sie jedoch in unbegrenzter Höhe verhängt werden können, können sie im konkreten Einzelfall die Rechtssphäre des Betroffenen stärker beeinträchtigen als die Geldstrafe, die Sühne für Kriminalunrecht darstellt und die Geldbuße. Aus diesem Grunde kann auch sie einem nichtrichterlichen Vorverfahren nicht zugewiesen werden.[1] Die abweichende Meinung ist folglich abzulehnen.

4. Die Zulässigkeit des Vorverfahrens im Bereich bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten vermögensrechtlicher Art

Die vorstehend entwickelten Grundsätze sind nunmehr in Beziehung zu setzen zur Entscheidung von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vermögensrechtlicher Art. Dabei ist insbesondere zu überprüfen, inwieweit ein Vorverfahren bezüglich der Streitentscheidungen zulässig ist, die nach dem Modell II de lege ferenda dem Rechtspfleger zugewiesen werden sollen.
Die bisherigen Feststellungen haben ergeben, daß die Bedeutung und Schwere des staatlichen Eingriffs nicht nur eine Zuordnung zur rechtsprechenden Gewalt erfordern, sondern auch im Bereich des Art. 92 erster Halbs. GG ein nichtrichterliches Vorverfahren ausschließen kann.

---

1) Abweichender Ansicht: Gaul, Zur Reform des Zangsvollstreckungsrechts in JZ 73, 473 (474).

a) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Enteignungsrecht

Ob dieser Grundsatz auch hinsichtlich der Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten vermögensrechtlicher Art gilt, erscheint in Anbetracht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zunächst fraglich.
Soweit ersichtlich, hat es zur Zulässigkeit des administrativen Vorverfahrens vor dem ordentlichen Rechtsweg in zwei älteren Entscheidungen Stellung genommen. [1] In der ersten Entscheidung führt es zum Baulandbeschaffungsgesetz aus: "Die Festsetzung der Entschädigung im Verwaltungsverfahren als Voraussetzung des Gerichtsverfahrens und die in § 32 II BauLBG [2] vorgesehene Befristung des Antrags entsprechen nicht nur dem Herkommen im Enteignungsrecht; vgl. z.B. § 30 preuß. Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874, GS 221 und § 45 des badischen Enteignungsgesetzes vom 18. Juni 1899 GVBl S. 359. Die Zulässigkeit des Rechtsweges vor den ordentlichen Gerichten ist auch anderweitig in verschiedenen Formen von einer Vorentscheidung abhängig und befristet." Daraus folgert das Gericht, das administrative Vorverfahren verstoße nicht gegen Art. 14 III 4 GG. [3] In der zweiten Entscheidung wird auf diese Grundsätze verwiesen. [4]
Diese Entscheidungen geben zu mehreren Bedenken Anlaß. Zunächst ist die Stützung der Zulässigkeit des administrativen Vorverfahrens auf Art. 14 III 4 GG problematisch. Wie das Gericht in der Entscheidung zur Zulässigkeit des Verwaltungssteuerstrafverfahrens zutreffend ausführt, sind die der rechtsprechenden Gewalt von Verfassungs wegen ausdrücklich zugewiesenen Aufgaben in Art. 92 erster Halbs. GG mitumfaßt. [5] Soweit also die von Verfassungs wegen vorgenommene Aufgabenzuweisung keine besondere Regelung trifft, greift Art. 92 erster Halbs. GG ein. Art. 14 III 4 GG weist nun die Streitentscheidung über die Höhe der Entschädigung bei Enteignungen den ordentlichen Gerichten zu, nimmt also lediglich innerhalb des Funktionsbereiches der rechtsprechenden Gewalt eine Rechtsweg-

---

1) BVerfGE 4, 387 ff.; 8, 240 ff.
2) Vom 3. August 1953 BGBl I S. 720 außer Kraft getreten durch § 186 Ziff. 20 BBauG.
3) BVerfGE 4, 387 (409).
4) BVerfGE 8, 240 (246).
5) BVerfGE 22, 49 (75).

zuweisung vor. Da die Zulässigkeit administrativer Vorverfahren ein generelles Problem der Ausübung rechtsprechender Gewalt darstellt, also nicht auf den ordentlichen Rechtsweg beschränkt ist, stellt sich die Zulässigkeitsfrage nicht aus Art. 14 III 4 GG, sondern aus der allgemeinen Aufgabenzuweisung an die rechtsprechende Gewalt in Art. 92 erster Halbs. GG. Das Bundesverfassungsgericht hätte sodann die Frage der Zulässigkeit des Vorverfahrens durch eine Auslegung dieser Vorschrift entscheiden müssen. Die von ihm vorgenommene historische Auslegung hätte nicht nur die Frage zu beantworten gehabt, ob das administrative Vorverfahren im Enteignungsrecht dem Herkommen entspricht, sondern die Fragestellung hätte sich dann auf den gesamten Funktionsbereich rechtsprechender Gewalt erstreckt, und von hier aus wäre die Zulässigkeit des administrativen Vorverfahrens im Bereich des Enteignungsrechts zu beantworten gewesen. So angesetzt hätte die historische Auslegung zu der Feststellung geführt, daß das administrative Vorverfahren innerhalb des Funktionsbereichs der Rechtsprechung grundsätzlich gerade nicht dem Herkommen entspricht, sondern auf einige wenige Fälle begrenzt ist. Diese Ausgangsbasis hätte das Gericht wahrscheinlich veranlaßt, differenzierter zu entscheiden, so daß bereits die historische Auslegung zu anderen Ergebnissen geführt hätte.

Eine solche allein kann jedoch keineswegs als ausreichend angesehen werden, sondern nur Indizwert haben. Die Enteignungsgesetze, aus denen das "Herkommen" des Vorverfahrens hergeleitet wird, stammen aus den Jahren 1874 und 1899. Seit dieser Zeit haben zwei Verfassungen das deutsche Verfassungsrecht grundlegend umgestaltet. Die Reichsverfassung von 1871 [1] war eine monarchische Verfassung, vgl. Art. 11 RV, nach dem der König von Preußen das Präsidium des Bundes als Deutscher Kaiser führte; die Weimarer Reichsverfassung und das Grundgesetz stellen dagegen republikanische Verfassungen dar, vgl. Art. 1 Satz 1 WRV und Art. 20 I GG.

Während die Reichsverfassung keine Regelungen über die Rechtspflege enthielt, stellte die Weimarer Reichsverfassung im siebten Abschnitt

---

1) Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871 RGBl S. 64.
2) Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919 RGBl S. 1383.

solche auf. Das Grundgesetz hat diese Regelungen im neunten Abschnitt wiederum grundlegend umgestaltet, vgl. hierzu Seite 16, 22-26; insbesondere stellt die Vorschrift des Art. 92 erster Halbs. GG ein Novum im Verfassungsrecht dar. Eine detaillierte Analyse der Umwandlungen im Verfassungsrecht seit 1871 würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, sie ist auch nicht erforderlich, da die vorstehenden Beispiele bereits zeigen, daß die Entwicklung und Umgestaltung des Verfassungsrechts insbesondere auch bezüglich der rechtsprechenden Gewalt so einschneidend ist, daß eine historische Auslegung allein nicht möglich ist, sondern daß eine Ermittlung der ratio legis aus Art. 92 erster Halbs. GG vom Normzweck des Grundgesetzes her erfolgen muß. Die Unzulänglichkeit einer rein historischen Auslegung scheint das Bundesverfassungsgericht im Ansatz erkannt zu haben. Es führt nämlich weiter aus, der Bundesgesetzgeber habe die Zulässigkeit des Rechtsweges vor den ordentlichen Gerichten auch anderweit in verschiedenen Formen von einer Vorentscheidung der Verwaltung abhängig gemacht. [1)2)] Der Bundesgesetzgeber ist aber an das Grundgesetz als höchstrangige Rechtsnorm gebunden. Aus dieser Rechtsquelle allein, insbesondere aus Art. 92 erster Halbs. GG, kann sich die Zulässigkeit solcher Vorverfahren ergeben, nicht aber kann umgekehrt aus der Existenz solcher Vorverfahren heraus das Grundgesetz interpretiert werden, weil allein eine historische Auslegung des Art. 92 erster Halbs. GG aus den vorstehend genannten Gründen unzulänglich ist. Dieser Hinweis des Bundesverfassungsgerichts ist deshalb als Auslegungsmaßstab abzulehnen.

Somit kann insgesamt der Begründung der Zulässigkeit des administrativen Vorverfahrens nicht gefolgt werden. Daher ist nunmehr die vom Bundesverfassungsgericht vorgenommene historische Auslegung teleologisch zu ergänzen. Dabei ist zu berücksichtigen, daß die vom Bundesverfassungsgericht als Beispiele angeführten administrativen Vorverfahren keine Streitwertbegrenzung enthalten. Gerade im Enteignungsrecht ist der Streitwert vor allem bei der Enteignung von

---

1) BVerfGE 4, 387 (409).

2) Hinsichtlich der Fälle administrativer Vorverfahren vgl. Seite 88/89.

Grundstücken häufig ganz beträchtlich; nicht selten wird die Millionengrenze überschritten. Diese Fälle können daher bezüglich der Zulässigkeit des administrativen Vorverfahrens nicht anders behandelt werden als die Zuweisungen an die rechtsprechende Gewalt, bei denen nach dem "Herkommen" ein Vorverfahren nicht besteht. Es geht nicht an, eine vermögensrechtliche Streitigkeit mit einem Streitwert von über 1. 500 DM einmal erstinstanzlich einem Kollegialgericht zuzuweisen, vgl. §§ 23, 71 GVG, weil dies dem Herkommen so entspricht, andererseits im Enteignungsrecht unter Umständen über Streitwerte von Millionen eine Verwaltungsbehörde im Vorverfahren entscheiden zu lassen, weil dieses ebenfalls dem Herkommen entspricht. Die teleologische Auslegung des Grundgesetzes erfordert eine Gleichbehandlung dieser Fälle.
Dabei ist ein Vergleich dieser Fälle einerseits und der Verhängung einer Geldbuße und Geldstrafe andererseits im Bezug auf Bedeutung und Schwere des staatlichen Eingriffs für die Vermögenssphäre des Betroffenen geboten. Diese Gegenüberstellung zeigt, daß die Entscheidung einer vermögensrechtlichen Streitigkeit im Bezug auf bestimmte Fallgruppen die Rechtsstellung der Betroffenen ebenso nachhaltig beeinträchtigen kann wie die Verhängung einer Geldbuße oder -strafe, insbesondere z.B. bei sehr hohen Streitwerten.

b) Die Zulässigkeit nichtrichterlicher Vorverfahren im Bereich der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Landgerichte gem. §§ 23, 71 GVG

In diesem Zusammenhang könnte aus §§ 23, 71 GVG gefolgert werden, ein nichtrichterliches Vorverfahren sei unzulässig, soweit nach diesen Vorschriften die erstinstanzliche Zuständigkeit der Landgerichte begründet sei. Wenn der Gesetzgeber die Schwere und Bedeutung der Entscheidung so hoch veranschlage, daß er sie sogar dem Amtsrichter entziehe und erstinstanzlich einem Kollegialgericht zuweise, dann folge daraus, daß ein nichtrichterliches Vorverfahren insoweit ausgeschlossen sei.
Dem könnte zunächst entgegnet werden, der historische Gesetzgeber des Gerichtsverfassungsgesetzes habe durch § 13 GVG für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden zugelassen. Deshalb könne aus §§ 23, 71 GVG nur gefolgert werden,

daß im Bereich der Rechtsprechung aufgrund der Bedeutung der zugewiesenen Rechtsprechungsakte erstinstanzlich ein Kollegialgericht sachlich zuständig sei, auf einen Ausschluß der Exekutive könne dagegen nicht geschlossen werden. Tatsächlich hat der Gesetzgeber auch so verfahren.[1)]

Ob diese Folgerung jedoch im Lichte des Bonner Grundgesetzes Bestand haben kann, ist eine Frage teleologischer Auslegung. Dabei ist zunächst zu prüfen, ob der Grundgesetzgeber den in §§ 23, 71 GVG genannten Rechtsprechungsakten überhaupt dieselbe Bedeutung wie der historische Gesetzgeber des Gerichtsverfassungsgesetzes beigemessen hat. Wie bereits ausgeführt, ist die Entwicklung, die die rechtsprechende Gewalt durch das Bonner Grundgesetz erfahren hat, gekennzeichnet vom Ausbau der zentralen Kontrollgewalt.

Daraus folgt, der Grundgesetzgeber wollte einmal die Akte, die herkömmlich der rechtsprechenden Gewalt zugewiesen, durch den Nationalsozialismus aber wieder entzogen waren, der Rechtsprechung erneut zuweisen. Er hat diese Rechtsprechungsakte in ihrer Bedeutung nicht geringer eingeschätzt als der historische Gesetzgeber.[2)] Vgl. hinsichtlich der Bedeutung, die der Grundgesetzgeber gerade der Vermögenssphäre des Bürgers beigemessen hat, die Ausführungen zu Art. 14 GG auf Seite 58. Darüber hinaus hat er der rechtsprechenden Gewalt zahlreiche weitere Aufgaben zugewiesen.[3)]

Somit führt die verfassungskonforme Auslegung der §§ 23, 71 GVG nicht dazu, daß den in ihnen genannten Rechtsprechungsakten eine geringere Bedeutung zukommt. Wenn nun aber der Grundgesetzgeber diesen Akten eine solche Bedeutung beimißt, daß er sie erstinstanzlich einem Kollegialgericht zuweist, obwohl im Berufungsverfahren gem. § 525 ZPO der Rechtsstreit in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von neuem verhandelt wird, und zwar gleichfalls durch ein Kollegialgericht, dann ist daraus zu schließen, daß in diesem Bereich ein nichtrichterliches Vorverfahren mit anschließender repressiver Rechtskontrolle durch die Gerichte nicht ausreichen kann.

In diesem Teilbereich der Rechtsprechung hat bereits das "erste Wort" die Judikative, und zwar durch ein Kollegialgericht; hier

---

1) Vgl. Seite 88/89.
2) Vgl. Seite 57 Fußnote 1.
3) Vgl. Seite 4/5.

reicht nicht einmal das "erste Wort" des Amtsrichters mit der Möglichkeit der Überprüfung durch das Kollegialgericht im Rechtsmittelverfahren aus.
Diese Schlußfolgerung bedeutet jedoch keineswegs eine Festlegung auf eine Streitwertgrenze amtsgerichtlicher Zuständigkeit von 1.500 DM. Bei der Abgrenzung erstinstanzlicher Zuständigkeit des Amtsgerichts kann vielmehr die Inflationsrate berücksichtigt werden. Sie hat bisher bereits dazu geführt, daß der Geschäftsanfall bei den Amtsgerichten um rund 2 % zurückgegangen ist, während er bei den Landgerichten um ca. 50 % angestiegen ist. Deshalb wird de lege ferenda erwogen, die Streitwertgrenze amtsgerichtlicher Zuständigkeit zu erhöhen, wobei Streitwertgrenzen zwischen 3.000 - 7.000 DM vorgeschlagen worden sind.[1] Diese Vorschläge orientieren sich vor allem am Durchschnittseinkommen privater Haushalte. Ein 4-Personen Arbeitnehmerhaushalt hatte 1970 ein Durchschnittseinkommen von 1361,32 DM, ein 4-Personen Beamten- oder Angestelltenhaushalt mit höherem Einkommen 2429,54 DM.[2]
Wenn nun aber bereits die Verhängung von Geldstrafen, die je nach Zuständigkeit in vielen Fällen erstinstanzlich der Amtsrichter vornimmt, einem nichtrichterlichen Vorverfahren entzogen ist, dann müssen nach dem Grundsatz a minore ad maius auch Rechtsprechungsakte, für die erstinstanzlich sogar ein Kollegialgericht zuständig ist, dem nichtrichterlichen Vorverfahren entzogen werden.
Dagegen könnte eingewandt werden, der Grund der Zuweisung an die Landgerichte nach §§ 23, 71 GVG sei nicht die Bedeutung und Schwere der Entscheidung für die Rechtssphäre des Betroffenen, sondern die rechtliche Schwierigkeit. Das ergebe sich insbesondere aus den Zuweisungen an die Amtsgerichte ohne Rücksicht auf den Streitwert nach § 23 Nr. 2 GVG. Dagegen ist anzuführen, daß die rechtliche Schwierigkeit nicht abhängig ist von der Höhe des Streitwertes, ein Rechtsstreit über einen Wert von 100 DM kann wesentlich größere rechtliche Schwierigkeiten bereiten als ein solcher über einen Streitwert von 100.000 DM. Der Grund für das Fehlen der Streitwertbegrenzung bei den in § 23 Nr. 2 GVG genannten Materien ist darin

---

1) Vgl. Protokoll Deutsche Rechtspflegertagung Bad Boll 28.-30.11.72.
2) Statistisches Jahrbuch für die BRD 1971 S. 477.

zu erblicken, daß der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, der Amtsrichter sei aufgrund seiner größeren Volksverbundenheit und regelmäßig besseren Kenntnis örtlicher Gebräuche geeigneter, diese Streitigkeiten erstinstanzlich zu entscheiden. Aus vorstehenden Gründen ist daher dieser Einwand zurückzuweisen.
Ein weiteres Bedenken könnte sich aus § 700 Satz 1 ZPO ergeben. Nach dieser Vorschrift steht der Vollstreckungsbefehl einem für vorläufig vollstreckbar erklärtem, auf Versäumnis erlassenen Endurteil gleich. Wird gegen den Vollstreckungsbefehl nicht nach Maßgabe des § 700 Satz 2 ZPO Einspruch eingelegt, so erlangt er formelle und materielle Rechtskraft.
Gem. § 20 Nr. 1 RPflG ist das Mahnverfahren einschließlich der Vollstreckbarkeitserklärung des Zahlungsbefehls nach Maßgabe des § 699 Satz 1 ZPO dem Rechtspfleger übertragen. Dieser erläßt auf Antrag des Gläubigers den Zahlungsbefehl, gegen den nach § 694 ZPO Widerspruch erhoben werden kann mit der Folge, daß das Verfahren gem. § 696 I ZPO vor das Amtsgericht gelangt. Erhebt der Schuldner dagegen keinen Widerspruch, so wird der Zahlungsbefehl gem. § 699 Satz 1 ZPO nach Ablauf der darin bestimmten Frist auf Gesuch des Gläubigers für vorläufig vollstreckbar erklärt. Gegen den Vollstreckungsbefehl ist gem. § 700 Satz 2 ZPO Einspruch gegeben, für den die Vorschriften über den Einspruch gegen ein vom Amtsgericht erlassenes Versäumnisurteil entsprechend gelten. Wird folglich gegen den Vollstreckungsbefehl nicht nach Maßgabe des § 339 I ZPO Einspruch erhoben, so wird der Titel formell rechtskräftig, ist gem. § 322 I ZPO der materiellen Rechtskraft fähig [1] und gem. § 794 Nr. 4 ZPO Vollstreckungstitel. Auf diese Weise kann von einem nichtrichterlichen Organ ein Titel in unbegrenzter Höhe geschaffen werden, der im Ergebnis den Rechtsfolgen eines Endurteils in nichts nachsteht. Daraus könnte prima facie geschlossen werden, der Gesetzgeber habe hier Streitentscheidungen gleicher Bedeutung wie in §§ 23, 71 GVG einem nichtrichterlichen Organ zugewiesen, sich also in Wahrheit nicht an der Bedeutung des staatlichen Eingriffs orientiert. Eine solche Argumentation verkennt

---

1) Vgl. RGZ 46, 334 (336); Baumbach-Lauterbach, ZPO-Kommentar (31) § 322 Anm. 1 A.

jedoch die grundlegenden Unterschiede zwischen Mahnverfahren und kontradiktorischem Verfahren. Während im kontradiktorischen Verfahren die Parteien ihre unterschiedlichen Standpunkte vortragen und das Gericht entscheidet, erfolgt im Mahnverfahren nur eine begrenzte Schlüssigkeitsprüfung. Das Mahnverfahren kann durch Widerspruch gem. § 696 I ZPO und durch Einspruch gem. § 700 ZPO in ein kontradiktorisches Verfahren übergeleitet werden. Macht der Schuldner beide Rechtsbehelfe nicht geltend, so sieht ihn das Gesetz gem. § 700 Satz 1 ZPO als säumig im Sinne des § 331 I ZPO an. Somit muß ihn im Ergebnis die Rechtsfolge des Versäumnisses treffen. Hat der Schuldner weder auf den Zahlungsbefehl noch auf den Vollstreckungsbefehl reagiert, so ist es unwahrscheinlich, daß er sich im kontradiktorischen Verfahren anders verhalten wird. Daher wäre es ein unnötiger Formalismus, vom Gläubiger zu verlangen, nun noch Klage zu erheben, um dann bei Versäumnis des Beklagten nach § 331 II ZPO zu verfahren. Deshalb knüpft das Gesetz die Rechtsfolge des Versaäumnisses direkt an den Vollstreckungsbefehl.
Das Mahnverfahren ist somit nicht geeignet, Bedenken gegen das auf Seite 115 gefundene Teilergebnis zu begründen.
Ferner könnte entgegnet werden, aus der Höhe des Streitwertes könne nicht auf die Bedeutung der staatlichen Entscheidung für die Rechtssphäre des Einzelnen geschlossen werden. Je nach der Vermögenslage könne die Entscheidung von Rechtsstreiten mit gleichen Streitwerten die Rechtssphäre des Betroffenen unterschiedlich einschneidend berühren; den besonders Vermögenden treffe sie nur in geringem Maße, für den weniger Vermögenden könne sie unter Umständen existenzbedrohende Wirkung haben. Dieser Einwand ist uneingeschränkt richtig; jedoch ist die in §§ 23, 71 GVG gezogene Grenze ein Erfordernis der Rechtssicherheit. Es kann nicht jeweils im Einzelfall geprüft werden, wie einschneidend die konkrete Entscheidung auf die Rechtssphäre der Beteiligten einwirkt; hierdurch entstünde in der Frage der sachlichen Zuständigkeit größte Rechtsunsicherheit. Außerdem ist bei Klärung der Zuständigkeitsfrage der Ausgang des Prozesses ungewiß; die Beeinträchtigung der Rechtssphäre der Parteien hängt aber hiervon ab. Während die Rechtssphäre der obsiegenden Partei gestärkt wird, wird die der unterliegenden Partei geschwächt. In dieser Situation ist eine Orientierung an der Bedeutung des Einzelfalles nicht möglich. Vielmehr ist abzustellen auf die Gesamtheit der Entscheidungen. Dabei hat der Gesetzgeber besondere Rücksicht auf die wirtschaftlich schwache Partei genommen, indem er als Streitwertgrenze der amtsgerichtlichen Zu-

ständigkeit 1.500 DM festgesetzt hat. Diese Summe entspricht etwa dem monatlichen Durchschnittseinkommen in der Bundesrepublik Deutschland.[1)]
Gleichzeitig führt jedoch die Zuweisung höherer Streitwerte an das Landgericht gem. § 78 I ZPO dazu, daß sich die Parteien von einem bei dem Landgericht zugelassenen Anwalt vertreten lassen müssen, während sie bei dem Amtsgericht selbst postulationsfähig sind. Dadurch entstehen gezwungenermaßen zusätzlich Anwaltskosten, die gerade die wirtschaftlich schwache Partei besonders belasten. Hier hat jedoch der Gesetzgeber durch die Vorschriften über die Bewilligung des Armenrechts nach §§ 114 ff. ZPO einen Ausgleich geschaffen. Gem. § 115 I Nr. 3 ZPO ist der armen Partei vorläufig unentgeltlich ein Anwalt beizuordnen.
Es ist deshalb insgesamt daran festzuhalten, daß im Bereich der Zuweisungen an die Landgerichte nach §§ 23, 71 GVG ein nichtrichterliches Vorverfahren mit Art. 92 erster Halbs. GG unvereinbar ist.

c) Die Zulässigkeit nichtrichterlicher Vorverfahren im Bereich der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Amtsgerichte

Ein solches Vorverfahren könnte allenfalls im Zuständigkeitsbereich der Amtsgerichte zulässig sein, vgl. § 23 GVG. Jedoch ist auch in diesem Bereich zunächst zu beachten, daß Art. 92 erster Halbs. GG auf keinen Fall durch nichtrichterliche Vorverfahren ausgehöhlt oder umgangen werden darf. Daraus folgt, daß ein Vorverfahren so ausgestaltet sein muß, daß es die richterliche Entscheidung nicht wesentlich verzögert oder sonst erschwert. Ferner muß das Gericht auf der Stelle durch formlose Erinnerung ohne Sach- und Kostenrisiko grundsätzlich mit der Tendenz zur Unbefristetheit angegangen werden können.[2)] Es ist daher als Vorfrage zu überprüfen, ob das Vorverfahren vor dem Rechtspfleger diesen Erfordernissen entspricht. Nur wenn diese Frage zu bejahen ist, ergibt sich das weitere Problem, ob die Bedeutung der Entscheidungen der in § 23 GVG genannten Rechtsstreitigkeiten für die Rechtssphäre der Betroffenen ein Vorverfahren zuläßt. Zur Beantwortung der Vorfrage ist auf § 11 RPflG abzustellen.
Gem. Absatz 1 dieser Vorschrift ist gegen Entscheidungen des Rechts-

---

1) Statistisches Jahrbuch für die BRD 1971, 477.

2) Vgl. Brüggemann, Bemerkungen zur Eigenständigkeit des Rechtspflegeramtes in JR 65, 81 (82/83).

pflegers vorbehaltlich der Bestimmungen des Absatzes 5 die Erinnerung zulässig. Da Abs. 5 die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vermögensrechtlicher Art im Sinne des § 23 GVG nicht erfaßt, könnte die Streitentscheidung des Rechtspflegers durch Erinnerung zur Überprüfung vor den Richter gelangen.

Die Erinnerung ist grundsätzlich unbefristet, d.h., sie kann jederzeit eingelegt werden; nur in den Fällen des § 11 I 2 RPflG unterliegt die Erinnerung der für die sofortige Beschwerde geltenden Frist, die gem. § 577 II 1 ZPO zwei Wochen beträgt. Da gem. § 511 a ZPO die Berufungssumme 200 DM beträgt, bei niedrigeren Streitwerten also gegen die richterliche Entscheidung kein Rechtsmittel zulässig ist, wäre die Erinnerung in diesen Fällen nach Maßgabe des § 577 II Satz 1 ZPO befristet, so daß nach Ablauf dieser Frist die richterliche Nachprüfbarkeit ausgeschlossen wäre.

Das Erinnerungsverfahren gestaltet sich im wesentlichen wie folgt:

Der unbefristeten Erinnerung kann der Rechtspfleger selbst abhelfen; dabei besteht innerhalb der streitigen Gerichtsbarkeit die Bindung an § 536 ZPO. Hilft der Rechtspfleger nicht ab, so hat er die Sache gem. § 28 RPflG dem Richter vorzulegen.

Der Richter prüft die Zulässigkeit und Begründetheit der Erinnerung. Dabei sind drei Fälle zu unterscheiden:

1) Falls gegen die Entscheidung, wenn sie der Richter erlassen hätte, ein Rechtsmittel nicht gegeben wäre, entscheidet der Richter auf die Erinnerung hin endgültig; er kann ihr stattgeben, sie als unzulässig verwerfen oder als unbegründet zurückweisen. Ein weiterer Rechtsbehelf ist nicht gegeben.
2) Wenn gegen die Entscheidung, falls der Richter sie erlassen hätte, ein Rechtsmittel gegeben wäre, gibt der Richter der Erinnerung statt, falls sie begründet ist. In diesem Fall entscheidet er entweder selbst oder verweist an den Rechtspfleger zurück. Die Zurückverweisung wird eine entsprechende Anordnung enthalten. In beiden Fällen ist der Rechtspfleger an die der richterlichen Entscheidung zugrunde liegende rechtliche Beurteilung gebunden.
3) Ist die Erinnerung unbegründet oder unzulässig, so hat sich der Richter einer eigenen Entscheidung zu enthalten und die Sache dem Rechtsmittelgericht vorzulegen.[1)]

---

1) Arnold-Meyer/Stolte RPflG-Kommentar (2) § 11 Rdnr. 4.2.

Gegen diesen Verfahrensablauf könnte zunächst eingewandt werden, die Abhilfe durch den Rechtspfleger im Falle der unbefristeten Erinnerung entziehe die Entscheidung endgültig der rechtsprechenden Gewalt und verstoße somit gegen Art. 92 erster Halbs. GG. Dieser Einwand verkennt jedoch, daß die Abhilfe den Rechtsbehelf der Erinnerung nicht verbraucht. Gegen die Abhilfeentscheidung ist wiederum Erinnerung zulässig. Die eigentliche Entscheidung über die Erinnerung liegt also in der Hand des Richters; richterlicher Rechtsschutz ist insoweit gewährleistet.
In den Fällen, in denen der Rechtspfleger der Erinnerung nicht abhelfen kann, bestehen im vorstehenden Fall 1 gegen den Verfahrensablauf keine Einwände. Im Fall 2 ergeht auch bei Zurückverweisung an den Rechtspfleger eine richterliche Entscheidung bezüglich der rechtlichen Beurteilung der Sache, an die der Rechtspfleger gebunden ist, so daß auch insoweit richterlicher Rechtsschutz gewährt wird. Bedenken gegen das Rechtsbehelfsverfahren könnten hingegen im Fall 3 bestehen. Da hier der Richter weder befugt ist, selbst zu entscheiden, noch die im Ergebnis richtige Entscheidung des Rechtspflegers in der Begründung zu verbessern, [1] sondern dem Rechtsmittelgericht die Sache zur Entscheidung vorzulegen hat, könnte gefolgert werden, insoweit werde Art. 101 I 2 GG verletzt. Zunächst könnte Art. 101 I 2 GG durch die Vorlagepflicht als solche an das Rechtsmittelgericht verletzt sein. Der gesetzliche Richter des Eingangsgerichts könnte durch sie im Sinne des Art. 101 I 2 GG ausgeschlossen werden. Diese Schlußfolgerung verkennt jedoch die Funktion der Vorlagepflicht. Durch sie soll vermieden werden, daß der gerichtliche Rechtsschutz verzögert wird. Bestünde die Vorlagepflicht nicht, so müßte zunächst das Vorverfahren vor dem Rechtspfleger eingehalten werden, sodann wäre der gerichtliche Instanzenzug eröffnet, der allein schon so langatmig ist, daß die Erlangung der letztinstanzlichen Entscheidung bis zu vier Jahren in Anspruch nehmen kann.[2] Rechnet man hier noch die Dauer des Vorverfahrens vor dem Rechtspfleger hinzu, so würde der Rechtsschutz durch die Gerichte in unerträglicher Weise erschwert. Weiterhin wird der erstinstanzliche Richter in Wahrheit nicht übergangen; er überprüft zunächst die

---

1) Arnold-Meyer/Stolte RPflG-Kommentar (2) § 11 Rdnr. 4.2.
2) Vgl. Seite 7.

Erinnerung auf Zulässigkeit und Begründetheit und fällt eine entsprechende Entscheidung. Im Interesse der Beschleunigung des Rechtsschutzes erlangt diese Entscheidung keine Außenwirkung, sondern führt zur Vorlage an das Rechtsmittelgericht, welches dann mit Wirkung für und gegen die Betroffenen entscheidet. An Stelle der erstinstanzlichen Entscheidung,die normalerweise selbständig angefochten werden kann, wird also im Falle der Unzulässigkeit oder Unbegründetheit der Erinnerung gewissermaßen fingiert, der Erinnerungsführer werde die erstinstanzliche Entscheidung anfechten; daraufhin wird durch den erstinstanzlichen Richter das Rechtsmittelgericht eingeschaltet, welches die erstinstanzliche Entscheidung überprüft. Insofern ist Art. 101 I 2 GG nicht verletzt. Außerdem könnte eine selbständige Verletzung des Art. 101 I 2 GG darin bestehen, daß der erstinstanzliche Richter nicht befugt ist, die im Ergebnis richtige Entscheidung des Rechtspflegers in der Begründung zu verbessern. Auch insoweit ist der erstinstanzliche Richter mit der Maßgabe eingeschaltet, daß er die vorstehende Überprüfung vornimmt. Da in diesem Fall die Erinnerung ohnehin unzulässig oder unbegründet ist, wäre die Verbesserung der vom Rechtspfleger gegebenen Begründung für den Erinnerungsführer ohne Belang; das Unterlassen der Verbesserung stellt für ihn keine Beschwer dar, so daß aus diesem Grunde Art. 101 I 2 GG auch insofern nicht verletzt wird.
Ferner muß die Anrufung des Richters ohne Sachrisiko erfolgen können.

Die Zulässigkeit der reformatio in peius im gerichtlichen Verfahren gegenüber dem nichtrichterlichen Vorverfahren könnte den Betroffenen veranlassen, das erneute Sachrisiko zu scheuen und den richterlichen Rechtsschutz zu meiden, so daß dieser insofern erschwert würde. Weiterhin könnte der Richter unter dem Druck der Überlastung geneigt sein, zu versuchen dem Erinnerungsführer unter Hinweis auf die Möglichkeit der reformatio in peius zu bewegen, den Rechtsbehelf der Erinnerung zurückzunehmen. Zu einer solchen bedauerlichen Verhaltensweise veranlaßt z.B. im Strafbefehlsverfahren der § 411 III StPO hinsichtlich des Einspruchs in nicht seltenen Fällen. Der Vermeidung dieser Beeinträchtigungen richterlichen Rechtsschutzes dient in der streitigen Gerichtsbarkeit § 536 ZPO, der die Bindung an den gestellten Antrag und somit das Verbot der

reformatio in peius normiert. Diese Vorschrift gilt auch im Falle der Abhilfe durch den Rechtspfleger.[1] Im Bereich der Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitikeiten vermögensrechtlicher Art könnte der Erinnerungsführer somit ohne Sachrisiko gegen die Entscheidung des Rechtspflegers richterlichen Rechtsschutz begehren.
Das Erinnerungsverfahren ist auch gem. § 11 VI 1 RPflG gerichtsgebührenfrei. Gebühren entstehen gem. §§ 11 RPflG,46,59,64,85 GKG [2] 131 KostO [3] nur, wenn eine Erinnerung als unzulässig verworfen oder als unbegründet zurückgewiesen sowie zurückgenommen wird. Um dem Erinnerungsführer dieses Kostenrisiko zu ersparen, bestimmt § 11 VI 2 RPflG, daß im Falle der Zurücknahme der Erinnerung vor einer gerichtlichen Entscheidung keine Gebühr erhoben wird. Die einzige Rechtsschutzerschwerung,die das Erinnerungsverfahren enthalten würde, stellte im Bereich des Streitwertes bis zu 2oo DM die Befristung des § 577 II 1 ZPO dar; nach Ablauf dieser Frist wäre eine Nachprüfung der Entscheidung durch den Richter grundsätzlich ausgeschlossen. Ob diese Rechtsfolge mit Art.92 erster Halbs.GG zu vereinbaren ist, wird erst im Anschluß an die Beantwortung der Frage geprüft, ob die Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten vermögensrechtlicher Art überhaupt die formelle und materielle Rechtskraft erfordert. Sollte dies nicht der Fall sein, könnte die vorstehende Befristung der Erinnerung de lege ferenda beseitigt werden; im Bereich des Streitwertes über 2oo DM wäre sie ja bei Übernahme des geltenden Rechts ohnehin nicht vorhanden. Weitere Bedenken aus Art. 92 erster Halbs.GG bestünden gegen das Erinnerungsverfahren als solches nicht.
Daher ist nunmehr zu prüfen, ob die Schwere und Bedeutung der Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten vermögensrechtlicher Art ein Vorverfahren vor dem Rechtspfleger zuläßt. Dabei ist insbesondere die Bedeutung der formellen und materiellen Rechtskraftwirkung zu berücksichtigen.

---

1) Arnold-Meyer/Stolte, RPflG-Kommentar (2) § 11 Rdnr. 4.1 m.w.N.

2) vom 26. Juli 1957 BGBl I S. 941 in der Fassung vom 29. Juli 1972 BGBl I S. 1328.

3) vom 26. Juli 1957 BGBl I S. 960 in der Fassung vom 24. Oktober 1972 BGBl I S. 2013.

De lege lata erfolgt die Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten vermögensrechtlicher Art durch richterliches Urteil. Das Endurteil erwächst in formeller Rechtskraft und ist gem. § 704 I ZPO Vollstreckungstitel. Ferner erwächst es gem. § 322 ZPO in materieller Rechtskraft, so daß das materiell rechtskräftige Urteil inter partes einem neuen Prozeß über denselben Streitgegenstand entgegensteht, es sei denn, für den neuen Prozeß besteht ein Rechtsschutzbedürfnis, weil z.B. die Akten des Erstprozesses verlorengegangen sind oder eine Urteilsausfertigung nicht erteilt worden ist.[1)] Weiterhin besteht Bindungswirkung dergestalt, daß in einem späteren Prozeß über einen anderen Streitgegenstand die festgestellte Rechtsfolge inter partes Präjudizwirkung hat. Hat z.B. A gegen B auf Feststellung seines Eigentums an einem Buch geklagt und ein obsiegendes Urteil erlangt, welches rechtskräftig geworden ist, und verklagt er nun den B wegen Beschädigung des Buches auf Schadensersatz gem. §§ 989, 990 BGB, so ist das in dem Schadensersatzprozeß entscheidende Gericht an das rechtskräftige, das Eigentum des A an dem Buch feststellende Urteil gebunden.
Beide Rechtskraftwirkungen könnten für die Parteien unerläßlich sein.
Demgegenüber wäre die Entscheidung des Rechtspflegers im Bereich des Streitwertes über 200 DM jederzeit anfechtbar, also nicht der formellen Rechtskraft fähig. Da diese aber Voraussetzung der materiellen Rechtskraft ist, die nur bei Unanfechtbarkeit der Entscheidung eintreten kann, fehlte der Entscheidung des Rechtspflegers gleichzeitig die materielle Rechtskraft. Bei Streitentscheidungen mit einem Streitwert unter 200 DM wäre die Entscheidung des Rechtspflegers gem. § 11 I 2 2. Alt. RPflG nach Ablauf der Frist des § 577 II 1 ZPO formell rechtskräftig. Dennoch könnte gem. § 322 I ZPO keine materielle Rechtskraft eintreten, da die Entscheidung des Rechtspflegers kein Urteil im Sinne dieser Vorschrift darstellt.
Es ist daher zu prüfen, ob bei Streitentscheidungen mit Streitwerten über 200 DM das Fehlen der materiellen Rechtskraft hingenommen werden könnte.

---

1) Baumbach-Lauterbach, ZPO-Kommentar (31) Einführung zu §§ 322-327, 3 c.

Sollte diese Frage zu verneinen sein, ist weiterhin zu untersuchen, ob das Erinnerungsverfahren de lege ferenda dergestalt umgestaltet werden kann, daß die Streitentscheidungen des Rechtspflegers formelle Rechtskraft erlangen, ferner, ob sie de lege ferenda mit materieller Rechtskraft ausgestaltet werden können.
Die Beantwortung der Frage nach der Notwendigkeit formeller und materieller Rechtskraft hängt von der Funktion der Streitentscheidung im Bereich bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten vermögensrechtlicher Art ab.
Diese besteht zunächst darin, den durch den Rechtsstreit gestörten Rechtsfrieden durch Entscheidung des Rechtsstreites wiederherzustellen. Schon dieser Zweck macht die Unanfechtbarkeit der Entscheidung nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. die Unanfechtbarkeit der Endentscheidung durch die Beteiligten unerläßlich. Weiterhin kann der Rechtsfriede nur auf Dauer gesichert werden, wenn die unanfechtbar gewordene Entscheidung über denselben Streitgegenstand eine weitere Entscheidung präkludiert und die festgestellte Rechtsfolge in einem Verfahren über einen anderen Streitgegenstand inter partes präjudiziell wirkt.
Fehlte die Präklusionswirkung, so könnten die Parteien die formelle Rechtskraft durch Anstrengung erneuter Verfahren mit demselben Streitgegenstand aushöhlen. Erstreckte sich die Bindungswirkung der festgestellten Rechtsfolge nicht auch auf Verfahren mit einem anderen Streitgegenstand, so würde der bereits entschiedene Streit häufig in einem Verfahren mit einem anderen Streitgegenstand, für dessen Entscheidung er Vorfrage ist, erneut entfesselt. Diese Folge soll anhand des folgenden Beispiels verdeutlicht werden:
A hat eine vorsätzliche rechtswidrige Körperverletzung im Sinne des § 823 II BGB i.V.m. § 223 I StGB zu Lasten des B begangen. Es steht noch nicht fest, wie lange B unter den Folgen dieser Körperverletzung zu leiden haben wird, insbesondere nicht, in welcher Höhe Behandlungskosten entstehen werden und in welcher Höhe Schmerzensgeld beansprucht werden kann. Da A durch verschiedene Maßnahmen versucht, den Tatbestand zu verdunkeln, und B somit befürchten muß, er könne nach Behebung der Folgen der Körperverletzung gegen A keinen hinreichenden Beweis mehr führen, erhebt er Klage mit dem Antrag, festzustellen, A sei verpflichtet, ihm allen Schaden zu

ersetzen, der ihm aus der Körperverletzung entstanden sei und noch entstehen werde. Gem. § 256 ZPO ist die Feststellungsklage zulässig, das rechtliche Interesse des B ist aufgrund der Verschleierungstaktik sowie der Tatsache, daß der Anspruch noch nicht beziffert werden kann, zu bejahen. [1] Läge der Streitwert im Falle der Leistungsklage unter 1.500 DM,wäre somit gem. § 23 GVG die amtsgerichtliche Zuständigkeit gegeben, so ist diese auch bei der Feststellungsklage begründet.[2]

Erlangt B ein obsiegendes Urteil, welches rechtskräftig wird, so ist das Gericht, welches später in dem Prozeß über den Leistungsrechtsstreit entscheidet,aufgrund der materiellen Rechtskraft an das Feststellungsurteil gebunden. A kann in diesem Verfahren nicht mehr mit Erfolg behaupten, den B in Wahrheit nicht verletzt zu haben.

Erfolgt demgegenüber die feststellende Entscheidung im Vorverfahren durch den Rechtspfleger und gelangt nicht durch Erinnerung zur richterlichen Überprüfung, so erlangt sie keine materielle Rechtskraft. A könnte nach Erlaß der Feststellungsentscheidung durch den Rechtspfleger seine Verschleierungstaktik fortsetzen und im Prozeß über den Leistungsrechtsstreit erneut bestreiten, den B verletzt zu haben. Möglicherweise ist es ihm bis dahin gelungen, alle Beweise des B ausgeräumt zu haben, so daß dem B die Feststellungsentscheidung nichts nützen würde.

Da die Feststellungsentscheidung für B günstig ist, somit für ihn keine Beschwer im Sinne des § 11 I RPflG enthält, kann er sie auch nicht durch Erinnerung der richterlichen Nachprüfung zuführen, um zu erreichen, daß die richterliche Entscheidung formell und materiell rechtskräftig wird.[3] Außerdem würde der Zweck der Zuweisung der Streitentscheidung an den Rechtspfleger, den Richter zu entlasten, nicht erreicht, wenn dieser über die Entscheidung des Rechtspflegers jeweils nochmals entscheiden müßte, um ihr formelle und materielle Rechtskraft zu verleihen.

---

1) Baumbach-Lauterbach, ZPO-Kommentar (31) § 256 Anm. 4.
2) Baumbach-Lauterbach, a.a.O. § 256 Anm. 5.
3) Vgl. Arnold-Meyer/Stolte RPflG-Kommentar (2) § 11 Anm. 4.

Zur Erinnerung berechtigt ist somit als durch die Entscheidung Beschwerter nur A, der kein Interesse daran hat, daß die Entscheidung materiell rechtskräftig wird, da er den Streit gerade in der Schwebe lassen will, um die Beweissituation des B zu verschlechtern.

Die Untragbarkeit dieses Ergebnisses könnte vermieden werden, wenn die Entscheidung im Vorverfahren, ohne angefochten werden zu müssen, materielle Rechtskraft erlangen könnte.

Weiterhin dient die Streitentscheidung dem Anspruchsberechtigten als Vollstreckungstitel. Daher ist zu untersuchen, ob diese Eigenschaft der Entscheidung nicht gleichfalls beide Rechtskraftwirkungen erfordert.

Die Zulässigkeit der Vollstreckung aus nur für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteilen gem. § 704 I ZPO könnte gegen dieses Erfordernis sprechen. Diese Vorschrift hat jedoch lediglich die Funktion bereits vor Eintritt der Rechtskraft die Zwangsvollstreckung zu ermöglichen, oder anders formuliert, dem Schuldner die Möglichkeit zu nehmen, durch Ausschöpfung aller Rechtsmittel die Zwangsvollstreckung hinauszuzögern. Die vorläufige Vollstreckbarkeit ist also zeitlich begrenzt auf den Zeitraum zwischen erstinstanzlicher Entscheidung und formeller Rechtskraft des Endurteils. Zum Schutz des Schuldners kann die vorläufige Vollstreckbarkeit gem. § 710 Satz 1 ZPO grundsätzlich nur gegen Sicherheitsleistung erklärt werden, sofern nicht eine Ausnahme nach §§ 708, 709, 710 Satz 2 ZPO vorliegt. Außerdem hat der Kläger im Falle der Aufhebung oder Abänderung des für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils dem Beklagten nach Maßgabe des § 717 II ZPO Schadensersatz zu leisten. Demgegenüber müßte aus der Streitentscheidung des Rechtspflegers vollstreckt werden können, obgleich diese bei Streitentscheidungen über 200 DM Streitwert sowohl der formellen als auch der materiellen Rechtskraft dauernd entbehrt, bei Streitentscheidungen unter 200 DM der materiellen Rechtskraft.

Aus der vorläufigen Vollstreckbarkeit kann somit nicht gefolgert werden, daß Vollstreckungstitel nicht der formellen und materiellen Rechtskraft bedürfen.

Zur Beantwortung obiger Frage könnte als weiteres Kriterium § 794 ZPO dienen. Diese Vorschrift nennt eine Reihe von Vollstreckungstiteln, die keine Endurteile im Sinne des § 704 ZPO darstellen. Es ist daher

zu prüfen, inwieweit diese Titel der formellen und materiellen Rechtskraft fähig sind; dabei ist insbesondere zu untersuchen, ob sie überhaupt Streitentscheidungen beinhalten und ob aus ihnen für die Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten vermögensrechtlicher Art Schlußfolgerungen gezogen werden können.
Als ersten Vollstreckungstitel nennt § 794 Nr. 1 ZPO den Vergleich. Dieser ist weder der formellen noch der materiellen Rechtskraft fähig.[1] Das Fehlen beider Rechtskraftwirkungen ist eine Folge des grundlegenden Unterschiedes zwischen Vergleich und richterlicher Streitentscheidung. Letztere schließt als staatliche Entscheidung das kontradiktorische Verfahren ab und stellt somit den Rechtsfrieden wieder her. Demgegenüber dient der Vergleich der Beilegung des Rechtsstreites durch die Parteien selbst; deshalb hat er auch Doppelcharakter. Er ist bürgerlich- rechtlicher Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird (§ 779 I BGB),und Prozeßhandlung, die das kontradiktorische Verfahren beendet. [2]Da der Streit folglich durch bürgerlich- rechtlichen Vertrag und nicht durch hoheitliche Entscheidung beendet wird,ist eine Anfechtung mit Rechtsmittel durch die Parteien nicht möglich, so daß auch umgekehrt keine Unanfechtbarkeit im Sinne des § 7o5 ZPO eintreten kann. Aus diesem Fehlen der formellen Rechtskraft als innerprozessualer Bindungswirkung folgt zwangsläufig das Fehlen materieller Rechtskraft als ausserprozèssuale Bindungswirkung. Die Streitbeseitigung durch Vergleich ist jedoch für die Parteien nur dann von Wert, wenn die in ihm vereinbarten Modalitäten auch erforderlichenfalls zwangsweise im Wege der Vollstreckung durchgesetzt werden können. Deshalb ist der Vergleich Vollstreckungstitel und bedarf als solcher einer der Formen des § 794 Nr. 1 ZPO. Auf Grund dieser Besonderheiten kann aus dem Vergleich nicht gefolgert werden, daß die Eigenschaft der Streitentscheidung als Vollstreckungstitel gleichfalls nicht die formelle und materielle Rechtskraft erfordere.

Weitere Vollstreckungstitel im Sinne des § 794 Nr. 2 ZPO sind

---

1) RGZ 46, 334 (336); Baumbach-Lauterbach, ZPO-Kommentar (31) § 322 Anm. 1 A.

2) Vgl. BAGE 4, 84 (85); 8, 228.

die Kostenfestsetzungsbeschlüsse. Darunter sind lediglich Kostenfestsetzungen nach Maßgabe der §§ 103 ff. ZPO, nicht aber sonstige Kostenfestsetzungen, welche beschwerdefähige Entscheidungen sind, zu verstehen.[1] Gem. § 21 Nr. 1 RPflG erläßt den Kostenfestsetzungsbeschluß der Rechtspfleger. Dagegen ist gem. § 104 III 2 ZPO die auf zwei Wochen befristete Erinnerung gegeben. Nach Ablauf dieser Frist ist der Kostenfestsetzungsbeschluß seitens der Betroffenen unanfechtbar und somit formell rechtskräftig; die materielle Rechtskraft im Sinne des § 322 I ZPO fehlt ihm hingegen. Diese kann er nur dann erlangen, wenn gegen die Entscheidung des Rechtspflegers Erinnerung eingelegt wird und die daraufhin ergehende gerichtliche Entscheidung formell rechtskräftig geworden ist. Nur in diesem Fall folgt aus der formellen die materielle Rechtskraft.[2] Dennoch ist der Kostenfestsetzungsbeschluß auch im ersten Fall, in dem die Entscheidung des Rechtspflegers formell rechtskräftig wird, Vollstreckungstitel. Es ist daher zu prüfen, ob hieraus für die Eigenschaft der Streitentscheidung als Vollstreckungstitel gefolgert werden kann, daß diese insoweit nicht der materiellen Rechtskraft bedarf. Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist § 103 I ZPO. Nach dieser Vorschrift kann der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten nur aufgrund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels geltend gemacht werden. Als solche Kostentitel kommen nur Endurteile im Sinne des § 704 I ZPO, ferner Vollstreckungstitel im Sinne des § 794 Nr. 1, 2a - 5 ZPO in Betracht.[3] Die Kostenfestsetzung nach §§ 103 ff. ZPO setzt somit die Beilegung des Streites durch einen vollstreckbaren Titel voraus. Da die Kostenverteilung abhängig ist von der Rechtsfolge des jeweiligen Titels, z.B. beim kontradiktorischen Urteil davon, inwieweit die festgestellte Rechtsfolge ein Obsiegen der einen oder anderen Partei darstellt, trifft der Rechtspfleger durch Kostenfestsetzungsbeschluß keine Streitentscheidung mehr, sondern setzt nur die Kostenverteilung der Höhe nach so fest, wie sie sich dem Grunde nach bereits

---

1) Wieczorek, ZPO-Kommentar Bd. IV Teil 1 § 794 D.

2) Wieczorek, a.a.O. Bd. II Teil 1 § 322 A III b 1 m.H. auf RG vom 9.2.1891 VSZ E 27/402.

3) Baumbach-Lauterbach, ZPO-Kommentar (31) § 103 Anm. 1 A.

aus dem Titel ergibt. Aus dem Fehlen der materiellen Rechtskraft des unangefochtenen Kostenfestsetzungsbeschlusses des Rechtspflegers kann somit ebenfalls nicht gefolgert werden, daß die Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten vermögensrechtlicher Art als Vollstreckungstitel gleichfalls nicht der materiellen Rechtskraft bedürfe.
Ferner sind Vollstreckungstitel Beschlüsse, die den Betrag des vom Vater eines nichtehelichen Kindes zu zahlenden Regelunterhaltes auch eines Zu- oder Abschlages hierzu, festsetzen, § 794 Nr. 2a ZPO. Gem. § 20 Nr. 10 RPflG ist für diese Entscheidung funktionell der Rechtspfleger zuständig. Da gem. § 642 a III ZPO gegen die Entscheidung, wenn sie der Richter erlassen hätte, sofortige Beschwerde gegeben wäre, ist gegen die Entscheidung des Rechtspflegers gem. § 11 I 2 RPflG befristete Erinnerung zulässig; die Frist beträgt gem. § 577 II 1 ZPO zwei Wochen. Nach Ablauf dieser Frist ist die Entscheidung des Rechtspflegers für die Beteiligten unanfechtbar, also formell rechtskräftig. Im Falle der Anfechtung tritt die formelle Rechtskraft gem. § 642 a III ZPO spätestens mit Erlaß der Entscheidung durch das Beschwerdegericht ein. Da der Betrag des Regelunterhaltes jedoch jederzeit den persönlichen Bedürfnissen des unterhaltsberechtigten Kindes, der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten sowie den wirtschaftlichen Verhältnissen angepaßt werden können muß, entbehrt die Festsetzung des Betrages des Regelunterhaltes sowohl in dem Falle, in dem die Entscheidung des Rechtspflegers unanfechtbar geworden ist, als auch in dem Falle, in dem auf Erinnerung hin eine richterliche Entscheidung ergeht, der materiellen Rechtskraft.[1] Nach § 642 a I ZPO kann jedoch der Regelunterhalt nur aufgrund eines rechtskräftigen Urteils oder für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils, welches einen Anspruch nach § 642 ZPO enthält, festgesetzt werden. Insoweit gilt das für die Kostenfestsetzung Ausgeführte hier entsprechend.
Weiterhin sind Entscheidungen, gegen die das Rechtsmittel der Beschwerde stattfindet, Vollstreckungstitel im Sinne des § 794 Nr. 3 ZPO. Da die einfache Beschwerde unbefristet ist,[2] sind diese

---

1) Vgl. Wieczorek, ZPO-Kommentar Bd. II Teil 1 § 322 A III b 1.
2) Baumbach-Lauterbach, ZPO-Kommentar (31) § 567 2 B.

Entscheidungen nicht der formellen und somit ebenfalls nicht der materiellen Rechtskraft fähig. Dennoch kann aus ihnen vollstreckt werden. Die der sofortigen Beschwerde unterliegenden Entscheidungen sind gem. § 577 II 1 ZPO der formellen Rechtskraft fähig. Trotzdem kann auch aus diesen Entscheidungen vor Eintritt der formellen Rechtskraft vollstreckt werden. Mit Einlegung der Beschwerde wird die Vollstreckbarkeit den Beschlüssen gem. § 572 I ZPO in den Fällen der §§ 109, 380, 390, 406, 619, 656, 678 ZPO genommen, ferner gem. § 181 GVG im Falle des § 180 GVG. Bei keiner der von § 794 Nr. 3 ZPO erfaßten Entscheidungen handelt es sich jedoch um Streitentscheidungen bürgerlichen Rechts vermögensrechtlicher Art, so daß auch aus dieser Vorschrift insoweit Rückschlüsse nicht gezogen werden können.

Ferner sind Vollstreckungsbefehle Vollstreckungstitel im Sinne des § 794 I Nr. 4 ZPO. Da der Vollstreckungsbefehl gem. § 700 Satz 1 ZPO einem für vorläufig vollstreckbar erklärtem, auf Versäumnis erlassenen Endurteil gleichsteht, wird er im Falle der Nichtgeltendmachung des Einspruchs nach § 700 Satz 2 ZPO formell und materiell rechtskräftig.[1] Damit unterscheidet sich die Rechtskraftwirkung dieses Vollstreckungstitels in keiner Weise von der des Endurteils im Sinne des § 704 i.V.m. § 322 I ZPO.

Außerdem sind Vollstreckungstitel im Sinne des § 794 I Nr. 4a ZPO für vollstreckbar erklärte Schiedssprüche und schiedsrichterliche Vergleiche, sofern die Entscheidung über die Vollstreckbarkeit rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt ist. Für den schiedsrichterlichen Vergleich gilt das beim gerichtlichen Vergleich Ausgeführte entsprechend mit der Besonderheit, daß anstelle einer der Formen des § 794 I Nr. 1 ZPO die Vollstreckbarerklärung nach § 1042 I ZPO erforderlich ist. Der Schiedsspruch bedarf ebenfalls der Vollstreckbarerklärung nach § 1042 I ZPO. Ist diese vorläufig erfolgt, steht der Schiedsspruch in der Rechtskraftwirkung dem vorläufig vollstreckbar erklärten Endurteil gleich; ist die Vollstreckbarerklärung rechtskräftig, so hat der Schiedsspruch inter partes die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils, ist also formell und materiell rechtskräftig. Es besteht

---

1) RGZ 46, 334 (336); Baumbach-Lauterbach, ZPO-Kommentar (31) § 700 Anm. 1.

lediglich der Unterschied, daß die Einrede der Rechtskraft nur auf Einrede hin zu beachten ist, nicht wie beim rechtskräftigen gerichtlichen Urteil von Amts wegen.[1)]
Schließlich ist die Vollstreckung noch aus den in § 794 Nr. 5 ZPO genannten Urkunden zulässig. Sie sind keiner Rechtskraftwirkung fähig.[2)] Die Zulässigkeit der Vollstreckung folgt hier aus der sofortigen Unterwerfung des Schuldners unter die Zwangsvollstreckung.

Zusammenfassend kann somit zu § 794 ZPO festgestellt werden, daß die in dieser Vorschrift enthaltenen Vollstreckungstitel, denen beide Rechtskraftwirkungen fehlen oder aber nur die materielle, keine Streitentscheidungen darstellen.[3)] Aus § 794 ZPO kann somit nur gefolgert werden, daß die formelle und materielle Rechtskraftwirkung keine Essentialia jedes Vollstreckungstitels sind, jedoch kann nicht der Schluß gezogen werden, daß der Vollstreckungstitel, der eine Streitentscheidung enthält, der formellen und materiellen Rechtskraft nicht bedürfe.
Die auf Seite 126 gestellte Frage ist deshalb dahingehend einzuengen, ob ein Titel aufgrund seiner Vollstreckbarkeit dann die formelle und materielle Rechtskraft erfordert, wenn er eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit vermögensrechtlicher Art beinhaltet.
Wie bereits ausgeführt, besteht die Funktion dieser Streitentscheidung darin, den gestörten Rechtsfrieden auf Dauer wiederherzustellen. Dieses Ziel kann durch den Ausspruch der entsprechenden Rechtsfolge allein nicht erreicht werden. Der Wert der festgestellten Rechtsfolge besteht letztlich in ihrer Erzwingbarkeit.
Soweit dem Antrag des Klägers nicht stattgegeben wird, erhält dieser keinen Vollstreckungstitel, der die von ihm begehrte Rechtsfolge ausspricht. Er kann somit mangels entsprechenden Titels nicht vollstrecken und den von ihm begehrten Vermögenswert nicht aus dem Vermögen des Beklagten (Schuldners) in sein Vermögen überführen.

---

1) Baumbach-Lauterbach, ZPO-Kommentar (31) § 1040 Anm. B m.w.N.

2) Wieczorek, ZPO-Kommentar Bd. II Teil 1 § 322 A III c 2.

3) Zur Streitentscheidung siehe Seite 35. Folgenden Vollstreckungstiteln fehlt die form. oder mat. Rechtskr.: Gerichtl. Vergl.; Kostenfestsetzungsbeschl.; Beschl. über Regelunterh.; Entsch., gegen die das Rechtsm. der Beschw. gegeben ist; Vollstreckbare Urkunden.

In diesem Fall wird also durch Versagung des begehrten Vollstreckungstitels die Respektierung der ausgesprochenen Rechtsfolge erzwungen. Aus der Sicht des Beklagten stellt die Versagung des vom Kläger begehrten Vollstreckungstitels rechtlichen Schutz seiner Vermögenssphäre gegen Vollstreckungsmaßnahmen des Klägers dar. Dieser Schutz muß im Interesse des Beklagten endgültig sein - seine Vermögenssphäre kann nicht wegen desselben Streitgegenstandes wiederholt der Zwangsvollstreckung ausgesetzt werden -; er muß ferner im Interesse der Allgemeinheit endgültig sein, die gleichfalls ein Interesse am Bestand des Rechtsfriedens hat. Auch aus diesen Gründen bedarf der eine Entscheidung einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit vermögensrechtlicher Art beinhaltende Vollstreckungstitel der formellen und materiellen Rechtskraft, die nur in wenigen Ausnahmefällen unter ganz engen Voraussetzungen durchbrochen werden kann.[1] Beide Rechtskraftwirkungen könnten erlangt werden durch Geltendmachung der Erinnerung gegen die Entscheidung des Rechtspflegers und Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung, die gem. § 322 I ZPO der materiellen Rechtskraft fähig ist. Jedoch kann Erinnerung nur einlegen, wer durch die Entscheidung beschwert ist.[2] Im vorstehenden Fall ist der Beklagte, dessen Schutz die Rechtskraftwirkungen in erster Linie dienen, nicht beschwert und somit zur Erinnerung nicht berechtigt. Der Kläger hätte es also in der Hand, durch Unterlassen der Erinnerung bei Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von 200 DM den Eintritt der materiellen Rechtskraft, bei Streitigkeiten mit Streitwerten über 200 DM den Eintritt beider Rechtskraftwirkungen zu verhindern und den Rechtsstreit insoweit in der Schwebe zu belassen.[3] Dadurch bestünde die Gefahr künftiger Zwangsvollstreckungen fort.
Soweit dem Antrag des Klägers entsprochen wird, erhält dieser den begehrten Vollstreckungstitel, aufgrund dessen er den von ihm begehrten Vermögenswert aus dem Vermögen des Beklagten (Schuldners)

---

1) Wiederaufnahme des Verfahrens §§ 578 ff. ZPO; § 826 BGB vgl. BGHZ 13, 71 (72); 40, 130 (133); BGH NJW 64, 1277; 1672 (1673 m.w.N.); 68, 1275 (1276 m.w.N.).

2) Arnold-Meyer/Stolte, RPflG-Kommentar (2) § 11, 4.

3) Vgl. Seite 126.

in sein Vermögen überführen kann. Insoweit gelten die für das Schutzbedürfnis des Vermögens des Beklagten aufgestellten Grundsätze für den Kläger entsprechend mit der Besonderheit, daß hier der durch Zwangsvollstreckung erlangte Vermögenswert endgültig gesichert werden muß. In diesem Fall ist der Kläger nicht beschwert, so daß er nicht durch Erinnerung eine formell und materiell rechtskraftfähige gerichtliche Entscheidung herbeiführen kann. Hier kann der Beklagte (Schuldner) den Rechtsstreit insoweit in der Schwebe lassen, so daß das Ergebnis der Zwangsvollstreckung nicht endgültig gesichert werden kann.
Zusammenfassend kann insofern festgestellt werden, daß auch die Eigenschaft der Streitentscheidung als Vollstreckungstitel die formelle und materielle Rechtskraft erfordert. Gem. § 11 I RPflG fehlte der unangefochtenen Streitentscheidung des Rechtspflegers bis zu Streitwerten von 200 DM die materielle Rechtskraft, bei Streitwerten darüber auch die formelle. De lege lata kann daher die Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten vermögensrechtlicher Art auch im Bereich sachlicher Zuständigkeit des Amtsgerichts dem Rechtspfleger im Vorverfahren nicht übertragen werden. Da die Anerkenntnis- und Versäumnisurteile hinsichtlich der Vollstreckung in der Interessenlage den kontradiktorischen Urteilen gleichstehen, bedürfen auch sie der formellen und materiellen Rechtskraft und können gleichfalls de lege lata dem Rechtspfleger im Vorverfahren nicht zugewiesen werden.
Bei vermögensrechtlichen Streitentscheidungen mit Gestaltungswirkung hängt die Rechtskraftfähigkeit davon ab, ob den Beteiligten ein Recht auf Gestaltung, über welches entschieden worden ist, zusteht, vgl. § 322 ZPO.[1)]
Die Beantwortung dieser Frage hängt wiederum ab von der Funktion der rechtsgestaltend wirkenden Streitentscheidung. Diese hat den unter den Beteiligten gestörten Rechtsfrieden auf Dauer wiederherzustellen,[2)] und zwar durch Gestaltung des umstrittenen Rechts. Da der Staat für die Wiederherstellung des Rechtsfriedens das Justizmonopol beansprucht, trifft ihn als Folge dessen die Justiz-

---

1) Jansen, FGG-Kommentar (2) 1. Band § 31 Anm. 10.
2) Vgl. Seite 124.

gewährungspflicht,[1] d.h., die Beteiligten haben gegen den Staat einen Anspruch auf Erlaß der Maßnahmen, die geeignet sind, den Rechtsfrieden wiederherzustellen, in diesem Falle also auf Rechtsgestaltung. Ferner wird durch diese Streitentscheidungen die materielle Rechtslage unmittelbar umgestaltet. Die rechtsgestaltende Entscheidung führt also bereits den Rechtszustand unmittelbar herbei, der bei der nicht rechtsgestaltenden Entscheidung erst durch die Vollstreckung eintritt. Aus diesem Grunde bedürfen rechtsgestaltende Entscheidungen erst recht der formellen und materiellen Rechtskraft.

Hinsichtlich des Abschlusses von Vergleichen ist dagegen zu berücksichtigen, daß hier der Streit durch die Parteien selbst durch bürgerlich-rechtlichen Vertrag beigelegt wird, vgl. oben, insoweit ist eine richterliche Mitwirkung nicht erforderlich. Der Vergleich kann ferner weder formelle noch materielle Rechtskraft erlangen,[2] so daß auch insoweit keine Bedenken bestehen, die Entgegennahme des Vergleichs dem Rechtspfleger zu übertragen. Da sich jedoch der Abschluß des Vergleichs vor Gericht aus der streitigen Verhandlung entwickelt, die in der Hand des Richters liegt, wäre eine Übertragung der Entgegennahme des Vergleichs auf den Rechtspfleger jedoch wenig praktisch.

Nachdem festgestellt worden ist, daß die Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten vermögensrechtlicher Art de lege lata dem Rechtspfleger nicht anvertraut werden kann, ist nunmehr zu prüfen, ob diese Entscheidungen de lege ferenda dem Rechtspfleger dergestalt anvertraut werden könnten, daß sie der formellen und materiellen Rechtskraft fähig wären.

Bei der Beantwortung dieser Frage ist zu beachten, daß der Rechtspfleger nicht Richter im Sinne des Art. 92 erster Halbs. GG ist.

Daher ist nunmehr zu prüfen, ob einer nichtrichterlichen Entscheidung formelle und materielle Rechtskraft zukommen kann oder ob insoweit Art. 92 erster Halbs. GG entgegensteht.

Gegen die formelle Rechtskraft könnte sich das Bedenken ergeben, daß durch sie die Möglichkeit richterlichen Rechtsschutzes befristet wird, die Entscheidung nach Ablauf der Frist für die Beteiligten

---

1) Vgl. BGHZ 37, 113 (120).

2) Baumbach-Lauterbach, ZPO-Kommentar (31) § 794 Anm. 2 A.

unanfechtbar wird und so durch sie nicht mehr der richterlichen Überprüfung zugeführt werden kann.
Hierzu wird im Schrifttum bemerkt, die formelle Rechtskraft sei keine gerade dem richterlichen Urteil zuzusprechende Eigenschaft. Gleichbedeutend mit Unanfechtbarkeit, könne sie überall dort angenommen werden, wo Rechtsmittel gewährt seien, also auch in der Verwaltung.[1] Diese Aussage ist ungenau. Zunächst ist die einfache Beschwerde ein unbefristetes Rechtsmittel,[2] so daß die Entscheidung, gegen die die einfache Beschwerde gegeben ist, grundsätzlich nicht der formellen Rechtskraft fähig ist, es sei denn, das Recht zur Beschwerde sei im Einzelfall verwirkt. Ferner ist die Erinnerung Rechtsbehelf.[3] Sie ist im Falle des § 11 I 2 RPflG befristet, vgl. § 577 II ZPO. Die Entscheidungen, gegen die befristete Erinnerung gegeben ist, sind somit der formellen Rechtskraft fähig. Deshalb ist die obige Aussage dahin abzuändern, daß formelle Rechtskraft überall dort angenommen werden kann, wo befristete Rechtsmittel oder Rechtsbehelfe gewährt werden. Die Befristung hat die Funktion, die Entscheidung nicht ad aeternum in der Schwebe zu belassen, sondern die Beteiligten in die Lage zu versetzen, auf den Bestand der Entscheidung vertrauen zu können. Daher ist in allen Fällen, in denen ein starkes Interesse der Beteiligten an baldiger Rechtsklarheit besteht, das Rechtsmittel bzw. der Rechtsbehelf befristet. Eine solche Befristung steht auch nicht im Widerspruch zu Art. 92 erster Halbs. GG. Diese Vorschrift untersagt lediglich Verfahrensregelungen, die geeignet sind, den richterlichen Rechtsschutz entscheidend zu erschweren. Die Befristung des Rechtsmittels bzw. des Rechtsbehelfs zwingt aber gerade die Beteiligten, wenn sie die nichtrichterliche Entscheidung gerichtlich nachprüfen lassen wollen, die vorgeschriebene Frist einzuhalten und bewirkt somit gerade eine rasche Kontrolle durch die Judikative, weil nach längerem Zeitablauf eine solche wirksame Kontrolle häufig nicht mehr durchführbar ist. Weiterhin sind auch die Fristen so bemessen, daß eine ausreichende Überlegung, ob die Entscheidung angefochten werden soll, sowie eine hinreichende

---

1) Forsthoff, Lehrb. des VerwR 1. Band (9) S. 245.
2) Baumbach-Lauterbach, ZPO-Kommentar (31) § 567 Anm. 2 B.
3) Arnold-Meyer/Stolte, RPflG-Kommentar § 11 Anm. 2.

Begründung des Rechtsmittels bzw. Rechtsbehelfs möglich sind. Vergleicht man die Tatsache, daß die Befristung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe der Effektivität des richterlichen Rechtsschutzes dient sowie ein Erfordernis im Interesse baldiger Rechtsklarheit darstellt, mit dem Interesse eines der beiden Beteiligten, im Einzelfall die Rechtsmittel bzw. Rechtsbehelfe nach Belieben, unter Umständen erst nach sehr langer Zeit einzulegen, so zeigt sich, daß letzteres Interesse nicht schutzwürdig ist und zurücktreten muß.

Insoweit ist zusammenfassend festzustellen: Die Entscheidung des Rechtspflegers kann de lege ferenda mit formeller Rechtskraftfähigkeit ausgestattet werden, ohne daß insofern eine Verletzung des Art. 92 erster Halbs. GG vorliegt.

Im Gegensatz zur formellen Rechtskraftfähigkeit könnte die materielle Rechtskraftfähigkeit der rechtsprechenden Gewalt vorbehalten sein. Bereits auf Seite 20/21 wurde ausgeführt, daß die materielle Rechtskraft der rechtsprechenden Gewalt eine Sonderstellung gegenüber Legislative und Exekutive dergestalt einräumt, daß der materiell rechtskräftige Rechtsprechungsakt beide Funktionen uneingeschränkt bindet. Daraus könnte gefolgert werden, die materielle Rechtskraftfähigkeit sei ein Privileg rechtsprechender Gewalt und könne daher der Entscheidung des Rechtspflegers auch de lege ferenda nicht zukommen.

Bei der Überprüfung der Richtigkeit dieser Schlußfolgerung sind die einzelnen Wirkungen der materiellen Rechtskraft gesondert zu berücksichtigen. Zunächst ist zu untersuchen, ob die der materiellen Rechtskraft fähige Entscheidung des Rechtspflegers, die den Ausschluß eines erneuten Verfahrens über denselben Streitgegenstand zur Folge haben kann, wegen dieser Rechtsfolge im Widerspruch zu Art. 92 erster Halbs. GG steht. Zur formellen Rechtskraft wurde bereits ausgeführt, daß diese nicht im Widerspruch zu Art. 92 erster Halbs. GG stünde. Die vorstehende Wirkung der materiellen Rechtskraft soll lediglich verhindern, daß die Unanfechtbarkeit der Entscheidung durch die Beteiligten durch Einleitung erneuter Verfahren über denselben Streitgegenstand umgangen wird, dient also gerade der Sicherung der formellen Rechtskraft. Daher ist diese Teilwirkung materieller Rechtskraft der Entscheidung des Rechtspflegers de lege ferenda mit Art. 92 erster Halbs. GG in gleicher Weise vereinbar wie die formelle Rechtskraftfähigkeit.

Weiterhin ist zu prüfen, ob die Präjudizwirkung der materiellen Rechtskraft der Entscheidung des Rechtspflegers mit Art. 92 erster Halbs. GG zu vereinbaren wäre.Diese Wirkung könnte sowohl aus der Sicht der Beteiligten als auch aus der Sicht des Richters als Organ rechtsprechender Gewalt zu Bedenken Anlaß geben. Den Beteiligten ist zuzumuten, die Rechtsmittelfristen einzuhalten. Der Beteiligte, der sie verstreichen läßt, weiß aus der Rechtsmittelbelehrung, daß nach Ablauf der Frist die Entscheidung unanfechtbar wird. Daher muß ihm auch durch die materielle Rechtskraft die Möglichkeit genommen werden, durch Anstrengung eines erneuten Verfahrens die formelle Rechtskraft zu unterlaufen. Demgegenüber kann er jedoch häufig nicht übersehen, ob es nicht zwischen ihm und dem anderen Beteiligten zu einem Verfahren über einen anderen Streitgegenstand kommen wird, in dem die nicht angefochtene Entscheidung als Vorfrage für die dortige Streitentscheidung aufgrund ihrer materiellen Rechtskraft präjudiziell wirkt und dieses Verfahren unter Umständen ausschlaggebend beeinflußt. Sein Verzicht auf richterlichen Rechtsschutz, der sich seiner Vorstellung nach nur auf die von ihm nicht angefochtene Entscheidung des Rechtspflegers erstreckt, wirkt nun gegen seinen Willen über die materielle Rechtskraft auf ein weiteres Verfahren ein, indem der nun entscheidende Rechtspfleger bzw. das zuständige Gericht nunmehr an die materiell rechtskräftig gewordene Entscheidung des Rechtspflegers gebunden ist. Ein nichtrichterliches Vorverfahren, welches geeignet ist, in irgendeiner Weise die richterliche Überprüfung gegen den Willen des Beteiligten auszuschließen, ist mit Art. 92 erster Halbs. GG nicht zu vereinbaren und stellt somit hinsichtlich des weiteren Verfahrens, soweit die Entscheidung des Rechtspflegers präjudiziell wirkt, den Entzug des gesetzlichen Richters im Sinne des Art. 101 I 2 GG dar. Wird im weiteren Verfahren wiederum der Rechtspfleger im Vorverfahren tätig, so ist der Entzug des gesetzlichen Richters darin zu sehen, daß die Entscheidung des Rechtspflegers hinsichtlich der präjudiziellen Vorfrage nicht richterlich nachgeprüft werden kann, wird dagegen der Richter tätig, so liegt der Entzug darin, daß dieser an ein nichtrichterliches Präjudiz gebunden ist.
Wird im weiteren Verfahren der Richter tätig, so besteht auch aus seiner Sicht das Bedenken des nichtrichterlichen Präjudizes. Die

zentrale Kontrollfunktion rechtsprechender Gewalt läßt es zwar zu, daß richterliche Entscheidungen formelle Rechtskraft erlangen, vgl. oben, sie schließt dagegen aus, daß richterliche Organe an nichtrichterliche Entscheidungen gebunden werden. Der Ausschluß solcher Bindungen folgt ferner aus der sachlichen Unabhängigkeit des Richters gem. Art. 97 I GG. Wenn diese schon generelle Bindungen durch die rechtsprechende Gewalt selbst nicht zuläßt, vgl. S. 72, muß sie erst recht Bindungen an Entscheidungen nichtrichterlicher Organe ausschließen.

Den Entscheidungen des Rechtspflegers kann somit auch de lege ferenda keine materielle Rechtskraft zukommen, so daß ihm die Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten vermögensrechtlicher Art nicht übertragen werden kann.

Ein weiteres Bedenken gegen das Vorverfahren durch den Rechtspfleger könnte sich aus Art. 92 erster Halbs. GG i.V.m. Art. 20 II 2 GG ergeben. Wie bereits ausgeführt, konkretisiert Art. 92 erster Halbs. GG den Art. 20 II 2 GG bezüglich der rechtsprechenden Gewalt.[1] Art. 92 erster Halbs. GG steht daher dem nichtrichterlichen Vorverfahren auch dann entgegen, wenn dieses geeignet ist, eine Verschiebung der Bedeutung der Funktionen zu bewirken.

Gemäß den mit der Friedensgerichtsbarkeit in Baden-Württemberg[2] sowie mit den bisherigen Entscheidungen des Rechtspflegers[3] gemachten Erfahrungen wäre zu erwarten, daß nur etwa 3 % der vom Rechtspfleger gefällten Streitentscheidungen auf Erinnerung hin richterlicher Überprüfung zugänglich würden. Auf diese Weise würde der Funktionsbereich rechtsprechender Gewalt faktisch in ganz erheblicher Weise eingeengt.

Es ist daher abschließend festzustellen, daß dem Rechtspfleger bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten vermögensrechtlicher Art im Vorverfahren nicht übertragen werden können.

Die Zuweisung der Änderung der Unterhaltsgewährung nach § 1612 II BGB an den Rechtspfleger verstößt somit aufgrund ihrer Gestaltungswirkung gegen Art. 92 GG. Die gleiche Schlußfolgerung ist für die

---

1) Vgl. Seite 16 Fußnote 3.

2) Vgl. BVerfGE 14, 56 (73) zitiert Statistik des Justizmin. Baden-Württemberg: Gegen Entsch. der Gemeindeger. 1,5 % Berufungen.

3) Justizinterne Statistiken weisen 2-3 % Erinnerungsverfahren aus.

Entscheidung nach § 1246 II BGB zu ziehen.[1)]

5. Die Zulässigkeit des Vorverfahrens im Bereich bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten nichtvermögensrechtlicher Art

Wie bereits auf Seite 60 ausgeführt worden ist, können bürgerliche Rechtsstreitigkeiten nichtvermögensrechtlicher Art die verschiedensten Rechtspositionen der Beteiligten betreffen. Daher kann nach Zuordnung der jeweiligen Streitentscheidung zur rechtsprechenden Gewalt auch die Zulässigkeit des Vorverfahrens durch den Rechtspfleger nur für jede Streitentscheidung einzeln beurteilt werden. Aufgrund der Vielzahl dieser Streitentscheidungen kann daher nur versucht werden, Auslegungskriterien für den Einzelfall zu erarbeiten.
Dabei ist zunächst zu prüfen, ob und inwieweit die für die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vermögensrechtlicher Art hinsichtlich des Vorverfahrens aufgestellten Grundsätze für die Streitentscheidungen nichtvermögensrechtlicher Art übernommen werden können.

Im Bereich der erstinstanzlichen Zuständigkeit eines Kollegialgerichts ist aus den auf Seite 113 - 118 genannten Gründen ein Vorverfahren durch den Rechtspfleger auch bezüglich der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nichtvermögensrechtlicher Art ausgeschlossen.

Weiterhin sind dem Vorverfahren durch den Rechtspfleger alle nichtvermögensrechtlichen Streitentscheidungen entzogen, die der formellen und materiellen Rechtskraft bedürfen.[2)]
Bei Streitentscheidungen nichtvermögensrechtlicher Art, die weder dem Bereich erstinstanzlicher Zuständigkeit eines Kollegialgerichts angehören noch in Ausnahmefällen der formellen und materiellen Rechtskraft bedürfen, ist zu prüfen, ob ihre Schwere und Bedeutung der dem Vorverfahren vor dem Rechtspfleger entzogenen Entscheidungen ähnelt. Ist dies der Fall, so darf die Streitentscheidung nicht im Vorverfahren ergehen.
Nunmehr ist anhand dieser Grundsätze zu überprüfen, ob Art. 92 erster Halbs. GG der de lege lata bestehenden Zuweisungen von Streitent-

---

1) Vgl. Seite 59/60.
2) Hinsichtlich der Begründung vgl. Seite 123 ff.

scheidungen nichtvermögensrechtlicher Art an den Rechtspfleger im Vorverfahren entgegensteht.
Zunächst sind die Entscheidungen nach § 37 BGB, 45 III GenG zu überprüfen. Beide Entscheidungen haben rechtsgestaltende Wirkung, bedürfen daher der formellen und materiellen Rechtskraft und sind deshalb dem Vorverfahren vor dem Rechtspfleger entzogen.
Ferner hat die Abberufung der Liquidatoren der OHG gem. § 147 HGB sowie der KG nach §§ 161 II, 147 HGB rechtsgestaltende Wirkung. Außerdem ähneln sie aufgrund der erheblichen mittelbaren Auswirkungen auf die Vermögenssphäre der Liquidationsgesellschaft der Streitentscheidung vermögensrechtlicher Art in so hohem Maße, daß sie nicht anders beurteilt werden können als diese. Aus diesen Gründen bedürfen beide Entscheidungen der formellen und materiellen Rechtskraft und sind somit dem Vorverfahren durch den Rechtspfleger entzogen.
Abschließend ist zu untersuchen, ob die Zuweisung der Streitentscheidungen nach §§ 166 III, 338 III HGB an den Rechtspfleger im Vorverfahren mit Art. 92 erster Halbs. GG zu vereinbaren. Diese Streitentscheidungen wirken nicht rechtsgestaltend, so daß insofern keine Bedenken gegen vorstehende Zuweisungen bestehen. Sie haben aber als Grundlage für etwaige Dispositionen hinsichtlich der Kommanditeinlage bzw. der Einlage des stillen Gesellschafters eine ganz erhebliche Bedeutung. Nur aufgrund der gewährten Informationen können der stille Gesellschafter bzw. der Kommanditist gegebenenfalls notwendige Vorkehrungen für ihre Einlagen treffen. Diese Streitentscheidungen sind daher in ihrer Bedeutung für den Kommanditisten bzw. den stillen Gesellschafter der Streitentscheidung vermögensrechtlicher Art gleichzusetzen, so daß auch sie dem Vorverfahren durch den Rechtspfleger entzogen bleiben müssen.
Es ist daher insgesamt festzustellen, daß die de lege lata bestehenden Zuweisungen echter Streitentscheidungen an den Rechtspfleger gegen Art. 92 erster Halbs. GG verstoßen. Da diese Vorschrift insoweit eine Zuweisung an den Richter von vornherein erfordert und somit eine Regelung bezüglich des gesetzlichen Richters trifft, liegt gleichzeitig ein Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG vor.

8. Abschnitt: Möglichkeiten der Umgestaltung des Rechtspflegers zum Richter im Sinne des Grundgesetzes de lege ferenda

Die bisherigen Untersuchungen haben ergeben, daß die de lege lata dem Rechtspfleger zugewiesenen Streitentscheidungen sowie die de lege ferenda erwogenen Zuweisungen mit Art. 92 erster Halbs. GG nur dann zu vereinbaren sind, wenn der Rechtspfleger Richter im Sinne des Grundgesetzes wird. Für eine solche Umgestaltung könnten sich zwei Lösungsmöglichkeiten anbieten:

1) Die Einbeziehung des Rechtspflegers in das Deutsche Richtergesetz
2) Die verfassungsrechtliche Verankerung des Rechtspflegers als Richter durch Änderung oder Ergänzung des Art. 92 erster Halbs. GG.

A. Die Einbeziehung des Rechtspflegers in das Deutsche Richtergesetz

Diese Art der Umgestaltung erfordert die Ausstattung des Rechtspflegers mit den Wesensmerkmalen des Berufsrichters.

I. Die akademische Ausbildung

Zunächst könnte fraglich sein, ob die akademische Ausbildung verfassungsrechtliches Wesensmerkmal des Berufsrichters ist und somit der Einbeziehung des Rechtspflegers in das Deutsche Richtergesetz entgegensteht.
Bereits bei der Darstellung des Richterbegriffes wurde die akademische Ausbildung nicht zu den verfassungsrechtlichen Wesensmerkmalen des Berufsrichters gezählt.
Rechtsprechung und Schrifttum sind nahezu einhellig der Auffassung, der Berufsrichter müsse über ausreichende Rechtskenntnisse verfügen, diese bräuchten aber nicht durch Universitätsstudium erworben und die derzeitigen juristischen Staatsprüfungen nachgewiesen zu werden. Die fachliche Qualifikation könne auch im Wege der Fachschulbildung und durch praktische Tätigkeit bei den Gerichten und Rechtspflegeorganen erlangt werden.[1)] Das Grundgesetz schweigt zu dieser Frage. Jedoch ist der vorstehenden Auffassung darin zuzustimmen, daß der Grundgesetzgeber, hätte er einen so wesentlichen Verfassungsgrundsatz wie das Juristenmonopol aussprechen wollen, dieses ausdrücklich

---

1) Übersicht über Rspr. u. Schrifttum vgl. Theilacker Friedensgerichtsb. u. Rechtspfleger S. 153 Fußn. 1; Maunz-Dürig-Herzog, GG-Kommentar Art. 92 Rdnr. 81-83.

getan hätte.[1] Diese Schlußfolgerung ist gerade deshalb berechtigt, weil das frühere Recht bereits Ausnahmen von der grundsätzlichen akademischen Ausbildung der Berufsrichter kannte.
Neben den Vorsitzenden der Arbeitsgerichte, die gem. § 18 II ArbGG[2] die Befähigung zum Richteramt nach § 2 GVG haben mußten, wurden gem. § 117 I ArbGG die hauptamtlichen Vorsitzenden der ehemaligen Gewerbe- und Kaufmannsgerichte,[3] die keine Richteramtsbefähigung im Sinne des Gerichtsverfassungsgesetzes besaßen, aber mindestens zwei Jahre hauptamtlich tätig waren, als Vorsitzende der Arbeitsgerichte übernommen.
Gem. Art. IV 1 a KRG Nr. 21 vom 30.3.1946 brauchten die Vorsitzenden der wiedererrichteten Arbeitsgerichte nicht mehr die Befähigung zum Richteramt im Sinne des Gerichtsverfassungsgesetzes zu haben. Die besondere Erfahrung aufgrund bisheriger Tätigkeit in Arbeitsangelegenheiten reichte aus.
Gerade wenn solche Ausnahmen durch das Grundgesetz ausgeschlossen werden sollten, hätte der Grundgesetzgeber dieses ausdrücklich ausführen müssen.
Aus diesen Gründen ist auch der einfache Gesetzgeber davon ausgegangen, daß die akademische Ausbildung kein verfassungsrechtliches Wesensmerkmal des Berufsrichters ist. Gem. § 18 III 2 ArbGG [4] kann zum Vorsitzenden eines Arbeitsgerichts auch bestellt werden, "wer sich durch längere, mindestens 5-jährige Tätigkeit in der Beratung arbeitsrechtlicher Angelegenheiten und in der Vertretung vor Arbeitsgerichten umfassende Kenntnisse und Erfahrungen im Arbeitsrecht erworben hat." In der Sozialgerichtsbarkeit reicht für Berufsrichter der ersten Instanz gem. § 9 II SGG [5] aus, daß diese in mindestens 5-jähriger Tätigkeit umfassende Kenntnisse in der Sozialgerichtsbarkeit zugewiesenen Gebieten des Sozialrechts erlangt haben.
Es ist daher davon auszugehen, daß das Grundgesetz die akademische Ausbildung des Berufsrichters nicht zwingend vorschreibt, so daß der Rechtspfleger insoweit de lege ferenda durch Einbeziehung in das

---

1) So auch Theilacker, Friedensgerichtsbarkeit u. Rechtspfleger S.153.
2) 23. Dezember 1926 RGBl I S. 507.
3) Hinsichtlich der Bedeutung dieser Gerichte vgl. Theilacker a.a.O. S. 154 Fußnote 2.
4)5) Geändert bzw. aufgehoben durch § 90 DRiG.

Deutsche Richtergesetz zum Richter umgestaltet werden kann.

II. Staatlichkeit, Gerichte des Bundes und der Länder, Inkompatibilität und Neutralität

Die vorstehenden Essentialia des Richters sind beim Rechtspfleger bereits de lege lata vorhanden, vgl. Seite 81/82, insoweit brauchen Änderungen nicht zu erfolgen.

III. Die sachliche Unabhängigkeit des Rechtspflegers

Innerhalb der sachlichen Unabhängigkeit müßten im Bereich der Handlungs- und Einmischungsfreiheit die sich aus § 5 RPflG ergebenden Einschränkungen, vgl. Seite 82-85 entfallen; die Verantwortungsfreiheit müßte der des Richters vollständig gleichgestellt werden.

IV. Die persönliche Unabhängigkeit

Diese müßte der des Richters, vgl. Seite 73/74, 80, ebenfalls gleichgestellt werden.
Auf diese Weise ließe sich der Rechtspfleger zum Berufsrichter im Sinne des Deutschen Richtergesetzes umgestalten.[1)]
Dennoch könnte diese Art der Umgestaltung im Widerspruch zum Grundgesetz stehen. Der Richterbegriff des Grundgesetzes ist einheitlich.[2)]
Jeder Berufsrichter im Sinne des Grundgesetzes ist aufgrund seines Richterstatus berechtigt, unter den in den einzelnen Verfahrensgesetzen geregelten Voraussetzungen, insbesondere der Zuständigkeiten grundsätzlich alle Aufgaben, die der rechtsprechenden Gewalt zugewiesen sind, zu erledigen. Er hat insbesondere die auf Seite 4/5 genannten Kompetenzen. Demgegenüber soll dem Rechtspfleger auch de lege ferenda nur ein bestimmter, fest umrissener Aufgabenbereich zugewiesen werden; die Erledigung weiterer Aufgaben soll ihm aufgrund seines Rechtsstatus auch de lege ferenda verwehrt sein.
Der Rechtspfleger hätte somit nach Einbeziehung in das Deutsche Richtergesetz immer noch einen anderen Rechtsstatus als der jetzige Berufsrichter im Sinne des Grundgesetzes; er wäre gewissermaßen

---

1) So auch Theilacker, Friedensgerichtsbarkeit u. Rechtspfleger S.164.
2) Vgl. Seite 81 Fußnote 2; ferner BVerfGE 10, 200 (213 ff.)

"Rechtspflegerrichter".[1]
Dieser unterschiedliche Rechtsstatus des "Rechtspflegerrichters" und des Berufsrichters im heutigen Sinne stünde jedoch in klarem Widerspruch zur Einheitlichkeit des Richterbegriffes im Grundgesetz. Daher ist die Umgestaltung des Rechtspflegers zum Richter durch Einbeziehung in das Deutsche Richtergesetz allein abzulehnen.

B. Die verfassungsrechtliche Verankerung des Rechtspflegerrichters

Neben der vorstehenden Einbeziehung des Rechtspflegers in das Richtergesetz wäre eine Änderung des Grundgesetzes dahingehend erforderlich, daß die Einheitlichkeit des Richterbegriffes aufgegeben würde. Das könnte dadurch geschehen, daß das Grundgesetz zwei verschiedene Richterbegriffe einführte, den Rechtspflegerrichter und den Berufsrichter im herkömmlichen Sinne. Der Unterschied im Rechtsstatus dürfte nur darin bestehen, daß der Rechtspflegerrichter lediglich berechtigt ist, einen von Verfassungs wegen festgelegten Aufgabenbereich innerhalb der rechtsprechenden Gewalt zu erledigen.
Eine verfassungsrechtliche Ausgestaltung des Rechtspflegers als nichtrichterliches Organ [2] dürfte dagegen im Widerspruch zu Art. 79 III GG stehen. Von dieser "Ewigkeitsklausel" wird Art. 92 erster Halbs. GG soweit gegen Änderungen geschützt, wie er Art. 20 II 2 GG konkretisiert. Deshalb dürfen auch grundgesetzliche Zuweisungen von Rechtsprechungsaufgaben an nichtrichterliche Organe nicht erfolgen, soweit sie geeignet sind, eine Verschiebung der Funktionen zu bewirken. Durch die bestehenden und beabsichtigten Zuweisungen von Streitentscheidungen an den Rechtspfleger als nichtrichterliches Organ würde aber eine solche Verschiebung eintreten,[3] so daß eine verfassungsrechtliche Lösung im Sinne des Art. 87 a BV ausgeschlossen ist.

---

1) So auch Theilacker, Friedensgerichtsbarkeit u. Rechtspfleger S.164.
2) Vgl. Art. 87 a BV eingefügt durch BVG BGBl der Republik Oesterreich 162/1962.
3) Vgl. Seite 138

Zusammenfassung in Thesen.

Die Beantwortung der Frage, ob Art. 92 GG die Zuweisung von echten Streitsachen an den Rechtspfleger ausschließt, setzt die Klärung verschiedener Vorfragen voraus. Dazu kann festgestellt werden:

1) Art. 92 GG ist verbindlicher Rechtssatz
2) Art. 92 GG enthält einen verfassungsimmanenten Rechtsprechungsbegriff
3) Dieser Rechtsprechungsbegriff ist durch historisch-teleologische Auslegung zu ermitteln:
   Entscheidend für die Zuordnung zur rechtsprechenden Gewalt ist die Bedeutung und Schwere der Entscheidung für die Rechtssphäre der Allgemeinheit oder des Einzelnen.
4) Der Rechtspfleger ist de lege lata nicht Richter im Sinne des Grundgesetzes
5) Streitentscheidungen können ihm im Vorverfahren nur zugewiesen werden, soweit diese nicht dem erstinstanzlichen Zuständigkeitsbereich der Landgerichte angehören und nicht der materiellen Rechtskraft bedürfen. Auch in diesem Falle ist bei der Zulässigkeit des Vorverfahrens die Schwere und Bedeutung der Entscheidung gesondert zu berücksichtigen.
6) De lege ferenda ließe sich der Rechtspfleger durch Einbeziehung in das Grundgesetz zum Rechtspflegerrichter umgestalten, so daß ihm insoweit echte Streitsachen zugewiesen werden könnten.

L e b e n s l a u f

Ich wurde geboren am 24.7.1948 zu Hillegossen, Kreis Bielefeld, als Sohn des Kaufmannes Oskar Ruwe und seiner Ehefrau Herta, geb. Halemeyer.
Am 1.4.1955 wurde ich in die Stieghorstschule eingeschult, die ich Ostern 1959 verließ, um das Helmholtz-Gymnasium in Bielefeld zu besuchen. Nach Erlangung der mittleren Reife im Jahre 1965 verließ ich das Helmholtz-Gymnasium und besuchte die Höhere Handelsschule der Carl-Severing-Schulen. Ostern 1966 wechselte ich in deren gymnasialen Zweig über. Am 28.2.1968 verließ ich nach Abschluß des Abiturs die Carl-Severing-Schulen.
Im April 1968 begann ich in Münster das Studium der Rechtswissenschaft, das ich nach 9 Semestern mit der ersten juristischen Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt am Oberlandesgericht Hamm am 17.11.1972 abschloß.
Zur Zeit bin ich Referendar.